

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES
COMMISSAIRES DE SURVEILLANCE

DANS

LES SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le lundi 28 janvier 1924

PAR

M. A. POSE

DOCTEUR ES SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

Président.... M. PERCEROU, professeur.
Suffragants.. } MM. LÉVY-ULLMANN, professeur.
RIPERT, professeur.

BORDEAUX
IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ

Y. CADORET
17, RUE POQUELIN-MOLIÈRE, 17

—
1924

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LES
COMMISSAIRES DE SURVEILLANCE

DANS

LES SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le lundi 28 janvier 1924

PAR

M. A. POSE

DOCTEUR ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

Président.... M. PERCEROU, *professeur.*
Suffragants.. } MM. LÉVY-ULLMANN, *professeur.*
RIPERT, *professeur.*

BORDEAUX

IMPRIMERIE DE L'UNIVERSITÉ

Y. CADORET

17, RUE POQUELIN-MOLIÈRE, 17

1924

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



BIBLIOGRAPHIE

- ARTHUYS. — Traité des sociétés commerciales.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français.
- BELTJENS et MECHELYNCK. — Encyclopédie de droit commercial belge.
- BOISTEL. — Notes dans le *Recueil Dalloz*.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français.
- COSACK. — Traité de droit commercial allemand.
- FERNAND-LAURENT. — Étude comparée des législations française et britannique en matière de sociétés par actions.
- GOIRAND. — Traité des sociétés par actions.
- GUILLERY. — Commentaire législatif de la loi sur les sociétés commerciales belges. Loi du 18 mai 1813 et loi du 22 mai 1886.
- HOLBACH. — Interprétation de la loi belge sur les sociétés.
— L'assemblée générale des sociétés anonymes belges.
- HUPIN et BOSVIEUX. — Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales.
- LABBÉ. — Notes dans le *Recueil Sirey*.
- LACOUR. — Précis de droit commercial.
- LEVILLAIN. — Notes dans le *Recueil Dalloz*.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial.
- NAMUR. — Le Code de commerce belge révisé et Supplément.
- NYSENS. — Avant-projet de loi sur les sociétés commerciales belges.
- PALMER. — Company Law.
- PERCEROU. — Du droit de communication dans les sociétés par actions.
In *Journal des sociétés civiles et commerciales*.
- PERROUD. — Note dans le *Recueil Sirey*.
- PIC. — Note dans le *Recueil Dalloz*.
- PONT. — Commentaire des sociétés civiles et commerciales.
- RAU. — Conclusions de l'avocat général Rau dans le *Recueil Dalloz*.
- RÉPERTOIRE FUZIER-HERMAN.
- ROUSSEAU (Henri). — Du contrôle dans les sociétés par actions. In
Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine.
- ROUSSEAU (Rodolphe). — Des sociétés commerciales françaises et étrangères.

SOLUS (Henry). — Le contrôle de la comptabilité dans les sociétés par actions. In *Bulletin de la Chambre de commerce de Nancy*, 1922, n° 86.

THALLER. — La réforme de la loi sur les sociétés par actions. In *Revue politique et parlementaire*, 1904. Note dans le *Recueil Dalloz*.

THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit commercial.

THALLER et PIC. — Traité de droit commercial : Les sociétés.

TROPLONG. — Commentaire de la loi de 1867.

VAVASSEUR. — Traité des sociétés civiles et commerciales.

— Articles divers parus dans la *Revue des sociétés* sur la réforme de la loi régissant les sociétés.

VIVANTE. — Droit commercial belge.

WAUVERMAÏNS. — Manuel pratique des sociétés anonymes belges.

WAHL. — Des délais en matière de sociétés par actions. In *Journal des sociétés*.

Périodiques.

Journal des sociétés (par abréviation J. S.).

Revue des sociétés (par abréviation R. S.).

Journal La Loi.

Gazette du Palais.

Répertoire Dalloz (D.).

Recueil Sirey (S.).

Pasicrisie belge (Pas.).

Journal officiel.

LES COMMISSAIRES DE SURVEILLANCE

DANS
LES SOCIÉTÉS ANONYMES

INTRODUCTION

La présente étude porte sur les commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes, c'est-à-dire sur l'organisme qui, une fois la société définitivement créée, est chargé du contrôle de la gestion des affaires sociales.

Ainsi restent en dehors de cet ouvrage toutes les questions relatives à la vérification des apports et des avantages particuliers par les commissaires-vérificateurs. En effet, ces commissaires-vérificateurs ont une mission toute provisoire limitée à l'intervalle qui s'écoule entre les deux assemblées constitutives. Ils peuvent d'autant moins être confondus avec les commissaires de surveillance que les fonctions de ceux-ci commencent précisément à l'époque où se terminent les fonctions de ceux-là, les commissaires de surveillance étant, en règle générale, désignés par l'Assemblée qui a approuvé les apports.

Restent également en dehors de cette étude les commissaires spéciaux que l'Assemblée générale des actionnaires peut nommer afin de surveiller les opérations du liquidateur. Le rôle des commissaires de surveillance n'a en effet plus de raison d'être après la mise en liquidation de la société et les comptes présentés à l'Assemblée générale par le liquidateur sont valablement appréciés par elle sans que leur approbation doive être précédée d'un rapport des commissaires.

Néanmoins, l'Assemblée générale peut, si tel est son désir, charger des commissaires spéciaux de lui faire un rapport sur les comptes qui lui seront présentés par le liquidateur. Mais ce n'est pas là une obligation et les commissaires facultatifs ainsi nommés ne peuvent être confondus avec les commissaires de surveillance, rouage obligatoire et essentiel de la société anonyme.

Enfin, les commissaires de surveillance doivent être distingués de ce que nous pourrions appeler les commissaires extraordinaires que l'Assemblée générale, suspectant la gestion des administrateurs, peut désigner avec mission spéciale de faire un rapport sur la situation et l'administration de la société (Lyon, 17 nov. 1869, D., 71. 2. 133, S., 71. 2. 26). Ce pouvoir a été contesté. On a dit que l'Assemblée générale n'avait pas qualité pour « contrôler par mandataire spécial les livres sociaux » (Seine, 22 fév. 1892, J. S., 1892, 243). C'est là une erreur. Du moment que l'Assemblée peut révoquer les administrateurs, elle peut, à plus forte raison, prendre une mesure de gravité moindre destinée seulement à contrôler leur gestion. Qui peut le plus peut le moins (V. l'article de M. Percerou in J. S., 1908, n° 3). Il appartient aux juges, de par leur pouvoir général de juridiction, d'apprécier la légitimité des motifs allégués par les actionnaires demandeurs à l'effet d'obtenir la désignation d'experts et il leur est loisible de subordonner cette désignation à toutes mesures qu'ils estiment nécessaires pour prévenir des abus (Paris, 4 mai 1867, S., 67. 2. 190, — Lyon-Caen et Renault, n° 841 bis).

Ajoutons qu'à l'exemple de plusieurs législations étrangères, il serait souhaitable qu'en France il fût permis à une masse d'actionnaires représentant une partie notable du capital social, de faire nommer par l'autorité judiciaire, sans intenter un procès, des experts chargés d'examiner les points sur lesquels ces actionnaires ont conçu des doutes ou même des soupçons (V. Codes allemands de 1861, art 222 *a*, et de 1897, art. 266 et 267; Code italien, art. 153; Code hongrois, art. 175. En Angleterre, la loi de 1862, art. 56 et suiv., prévoit la nomination d'« inspectors » par le « Board of Trade » à la requête d'actionnaires. — V. aussi Lyon-Caen et Renault, n° 841 *bis*).

Nous n'étudierons pas non plus les organes de contrôle des sociétés autres que la société anonyme, notamment le conseil de surveillance des sociétés en commandite. Néanmoins, logiquement, on ne voit pas ce qui devrait différencier les commissaires des sociétés anonymes des commissaires des sociétés en commandites par actions. Si les textes établissent certaines discriminations, « il faut, croyons-nous, renoncer à trouver aucun motif rationnel de ces différences qui s'expliquent uniquement par les précédents historiques. Au moment du vote de la loi du 24 juillet 1867, les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes étaient régies par deux textes distincts, les premières par la loi du 17 juillet 1856, les secondes par celle du 22 mai 1863. Ces deux lois présentaient entre elles, relativement au droit de communication, des différences notables que le législateur de 1867 a reproduites en quelque sorte mécaniquement, sans remarquer que leur maintien était en contradiction avec le régime unitaire qu'il organisait et avec l'unification des deux grands types de sociétés qu'il réalisait sur un grand nombre d'autres points, par exemple au point de vue des conditions de constitution. Ces différences apparaissent donc, en réalité, comme un accident regrettable de rédaction. C'est une raison pour les resserrer strictement dans les limites imposées par les textes et, au

lieu de les amplifier comme on l'a fait parfois, pour chercher au contraire à les restreindre, en étendant une solution d'un type de société à l'autre, lorsque, d'une part, cette solution est bonne et rationnelle, et que, d'autre part, son extension est susceptible de se justifier juridiquement (Percerou, *Du droit de communication dans les sociétés par actions*, J. S., mars 1908, n° 3).

On a voulu néanmoins justifier les différences que les textes créent entre les commissaires de surveillance des sociétés anonymes et les membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite. On a dit que les fonctions du gérant de la commandite sont permanentes, qu'il est difficilement révocable et qu'il n'est pas le mandataire des actionnaires au même titre que les administrateurs des sociétés, que donc il est logique de le surveiller plus étroitement que les administrateurs. Ne pourrait-on, au contraire, soutenir que le gérant étant responsable *in infinitum*, il importe bien moins de le surveiller que les administrateurs qui, eux, ne sont responsables qu'à concurrence des actions qu'ils possèdent ? D'autre part, ne nous payons pas de mots et demandons-nous si, en fait, les administrateurs sont facilement révocables. « Les actionnaires d'une société dont les titres sont disséminés dans le public ne se dérangent pas pour les assemblées ordinaires. Le faire, serait une duperie pour tous les petits porteurs qui n'habitent pas la ville où se tient l'Assemblée. Les frais du déplacement absorberaient, et au delà, leur dividende annuel. Souvent, d'ailleurs, ils ignorent la date de l'Assemblée. Ils ne viendront pas... Ceux qui ont suivi de près l'administration d'une société savent qu'obtenir le quorum aux diverses assemblées est la préoccupation constante des administrateurs. Pour y parvenir, ils multiplient les démarches et les facilités... Pour les assemblées ordinaires, néanmoins, il n'est pas rare que, par eux-mêmes et par les financiers avec lesquels ils ont partie liée, les administrateurs détiennent le quart du capital social dont la réunion suffit à la

régularité de la délibération. » (Henri Rousseau, *Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine*, 15 août-15 nov. 1921, p. 106 et 107).

Comment, dans ces conditions, soutenir valablement que les administrateurs sont à la merci de l'Assemblée générale et qu'une différence doit être établie entre le contrôle dans la société anonyme et le contrôle dans la société en commandite. Dans les deux cas, n'y a-t-il pas à défendre des actionnaires ignorants et sans cohésion contre les agissements coupables d'une direction forte et pratiquement toute-puissante?

D'ailleurs, examinons les textes. L'article 6 de la loi de 1867 met à la charge du premier conseil de surveillance l'obligation de vérifier toutes les opérations de la constitution de la société.

Rien de tel pour les commissaires de la société anonyme; donc, ceux-ci ne seront pas responsables des fautes commises dans la constitution de la société.

Mais pour le reste? Aux termes de l'article 10-1° et 2° de la loi de 1867: « Les membres du conseil de surveillance vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société.

» Ils font chaque année, à l'Assemblée générale, un rapport dans lequel ils doivent signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils ont reconnues dans les inventaires, et constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent aux distributions de dividendes proposées par le gérant. »

En ce qui concerne les commissaires des sociétés anonymes, l'article 32-1° stipule que « l'Assemblée générale annuelle désigne un ou plusieurs commissaires associés ou non, chargés de faire un rapport à l'Assemblée générale de l'année suivante sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs ».

D'après les articles 33 et 34, les commissaires ont le droit, dans le trimestre précédant l'Assemblée, de prendre connaissance « des livres et d'examiner les opérations

sociales » toutes les fois qu'ils le jugent bon. D'autre part, « l'inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société », le bilan et le compte de profits et pertes sont mis à la disposition des commissaires au moins quarante jours avant l'Assemblée générale.

Pouvoir examiner les livres et les opérations sociales, n'est-ce pas avoir le droit de « vérifier la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société » ? Comment la loi pourrait-elle refuser ce droit aux commissaires des sociétés anonymes, puisqu'elle leur demande par ailleurs de faire rapport aux actionnaires « sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs » ?

Les commissaires peuvent-ils porter des appréciations sur les comptes sociaux ou sur la situation de la société sans vérifier la caisse et le portefeuille, sans faire connaître la valeur véritable des titres ou effets dont font état les comptes ?

D'autre part, « faire rapport sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs », n'est-ce pas avoir l'obligation de « signaler les irrégularités et inexactitudes... reconnues dans les inventaires et de constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent aux distributions de dividendes » ?

On le voit, le rapprochement des textes relatifs aux membres des conseils de surveillance de la commandite par actions et aux commissaires de surveillance des sociétés anonymes montrent que — exception faite pour la vérification des opérations de constitution — leurs obligations et leurs devoirs sont exactement semblables. Compte tenu de la différence signalée (vérification des opérations de constitution), il nous arrivera donc, conformément à la logique, d'étendre aux commissaires des décisions jurisprudentielles relatives aux obligations du conseil de surveillance.

Quant aux prérogatives dans la commandite, le contrôle

est permanent et dans la société anonyme il n'est que temporaire. C'est là une différence absolument inexplicable au point de vue rationnel et qui met les commissaires des sociétés anonymes en fâcheuse posture puisque avec les mêmes obligations et responsabilités que le conseil de surveillance, ils ont des droits inférieurs. Du moins, avons-nous le devoir de limiter strictement ces différences aux termes mêmes de la loi.

Ainsi circonscrit, le sujet sera divisé en trois titres :

Titre I. — Généralités.

Titre II. — Les commissaires de surveillance en France.

Titre III. — Les commissaires de surveillance à l'étranger.

TITRE PREMIER

Généralités.

CHAPITRE PREMIER

Position du problème et examen historique des solutions qui lui ont été données.

Comme il arrive le plus souvent, le problème qui se pose est assez simple à formuler, mais difficile à résoudre. Néanmoins, il n'est pas superflu d'indiquer de quoi il s'agit exactement, car nous verrons ultérieurement que beaucoup semblent avoir perdu de vue le vrai but à atteindre.

En somme, ce qu'ordonnent la logique et le bon sens, c'est d'interposer entre l'Assemblée générale des actionnaires qui, théoriquement, détient tous les pouvoirs et les administrateurs qui, en fait, exercent ces pouvoirs, un organisme chargé par l'Assemblée de contrôler la gestion des administrateurs et de l'éclairer sur cette gestion.

Mais la création de cet organe de surveillance met en conflit deux intérêts également sérieux : d'une part, l'intérêt des actionnaires qui ne doivent pas être livrés pieds et poings liés à la bonne volonté des administrateurs, et doivent pouvoir se rendre compte de l'exacte situation de la société; d'autre part, l'intérêt social qui exige une direction unique, maitresse d'elle-même, une direction qui ne soit pas énervée par un contrôle maladroit et tracassier.

Les deux données du problème se présentèrent au législateur dès qu'il voulut s'occuper de la société anonyme. Rien ne saurait mieux l'indiquer que le rapport de M. du Miral au Corps législatif sur le projet qui allait devenir la loi du 23 mai 1863.

« Les articles 15 et 16, écrit M. du Miral, déterminent l'institution, les devoirs et les droits des commissaires dont il a été déjà question à l'occasion de l'article 6. Leur mission principale est de vérifier l'exactitude du bilan et des comptes qui chaque année doivent être présentés par les administrateurs et de faire un rapport qui constate cette vérification; ils exercent aussi un contrôle permanent sur la situation de la société et sur les actes des administrateurs. Quoique cette institution ait été très généralement approuvée, quelques tribunaux et chambres de commerce y ont vu le germe probable d'un antagonisme fâcheux entre les administrateurs et les commissaires, une atteinte au principe de l'unité de direction indispensable, à leurs yeux, à la bonne marche des affaires. Nous n'avons pas partagé ces appréhensions. La sphère d'action des administrateurs et des commissaires est distincte : les premiers agissent, les seconds se bornent à contrôler et n'ont même pas le droit de *veto* sur les actes des premiers... L'unité de direction n'est donc pas compromise par cette création. Elle pourra, sans doute, parfois causer une gêne aux administrateurs, mais ce n'est là qu'un inconvénient secondaire et il est impossible de ne pas reconnaître qu'elle constitue pour les actionnaires non administrateurs et pour les tiers une garantie efficace et presque nécessaire. »

Ajoutons que les craintes qu'avait fait naître la création des commissaires de surveillance étaient d'autant moins fondées que, depuis 1856, les sociétés en commandite fonctionnaient parfaitement avec un conseil de surveillance doté sensiblement des mêmes pouvoirs que les commissaires de surveillance ainsi créés. D'autre part, il existait, en 1863, des

sociétés anonymes dont la création avait été autorisée par le Pouvoir exécutif; ces sociétés avaient pour la plupart créé un organe de contrôle correspondant aux commissaires de surveillance, et cela n'avait pas empêché une gestion satisfaisante des affaires sociales. Ainsi la Banque de France, où le Collège des censeurs est chargé de surveiller les opérations de la Banque pour le compte de l'Assemblée générale des actionnaires à laquelle ils font, chaque année, un rapport (L. 24 germinal an XI, art. 26). Et les pouvoirs donnés aux censeurs sont autrement larges que ceux que la loi de 1863 accordait aux commissaires de surveillance. Les censeurs peuvent, en effet, se faire présenter l'état des caisses, les registres et les portefeuilles toutes les fois qu'ils le jugent convenable (Statuts, 16 janv. 1808, art. 42); assister aux réunions du conseil général de la Banque; proposer toutes mesures qu'ils croient utiles à l'ordre et à l'intérêt de la Banque; assister aux réunions des comités des billets, des livres et des portefeuilles (Statuts, 16 janv. 1808, art. 43 et 44); recevoir les réclamations de ceux qui se croient fondés à réclamer contre les opérations du Comité d'escompte (L. 22 germinal an XI, art. 25).

Il y avait donc des précédents pour calmer les inquiétudes signalées par M. du Miral dans son rapport au Corps législatif.

Néanmoins, lorsque la loi sur les sociétés fut remise sur le chantier, on estima que les pouvoirs accordés aux commissaires de surveillance par la loi du 23 mai 1863 étaient exagérés, que l'équilibre à maintenir entre l'intérêt social et l'intérêt particulier des actionnaires était rompu au détriment de l'intérêt social.

Pour rétablir cet équilibre, le législateur de 1867 rendit temporaire le contrôle des commissaires qui, aux termes de la loi de 1863, était permanent. Désormais, les commissaires ne pourront exercer leur contrôle que dans les trois mois précédant l'Assemblée générale. Solution bizarre que, dans

ce chapitre, nous n'examinerons pas au point de vue critique, mais dont nous pouvons dire tout de suite qu'elle cadre mal, non seulement avec la conception que l'on doit logiquement se faire du rôle des commissaires, mais même avec certaines autres dispositions de la loi du 24 juillet 1867. Voici cependant en quels termes Tripier, dans le « commentaire de la loi de 1867 », n° 97, s'exprime à ce sujet : « La plus importante de ces dispositions est celle de l'article 29 (du projet, aujourd'hui 33) qui restreint dans une période de trois mois l'action des commissaires qui était permanente. Il était à craindre que cette action pouvant s'exercer chaque jour, à chaque instant et sur toutes choses ne devînt pour l'administration une gêne insupportable.

» S'il faut que les administrateurs soient contrôlés, il faut aussi qu'ils soient libres. Ce n'est pas dans leur intérêt qu'il importe que leurs mouvements soient dégagés de toute entrave, c'est dans l'intérêt de la société elle-même. Quand arrive le moment de rendre des comptes, alors il est utile qu'un examen préparatoire en soit fait par des hommes impartiaux et expérimentés, afin que l'Assemblée générale ayant sous les yeux les résultats de cet examen puisse voter avec la parfaite connaissance des faits, et bien éclairée sur la situation de la société. »

Nous examinerons ultérieurement la valeur de cette argumentation et les résultats auxquels a conduit la solution adoptée par le législateur de 1867. Disons simplement, pour terminer le présent chapitre, que jusqu'ici, en dépit de récriminations nombreuses, il n'a pas été touché à la loi de 1867, en ce qui concerne les commissaires de surveillance des sociétés anonymes.

CHAPITRE II

Rôle des commissaires.

Dans le chapitre premier, nous avons dit que la logique et le bon sens ordonnent la création, dans les sociétés anonymes, d'un organe de contrôle. Nous avons indiqué les intérêts en cause et les diverses dispositions successivement prises par le législateur pour les concilier. Avant de passer à un examen détaillé du système instauré chez nous par la loi du 24 juillet 1867, il est nécessaire de bien préciser quel doit être le rôle des commissaires.

Et tout d'abord, pourquoi le bon sens ordonne-t-il l'institution dans les sociétés anonymes d'un collège de commissaires?

L'extraordinaire essor économique du xix^e siècle ne fut réalisable que par l'association des capitaux. La grande industrie et le haut commerce ne sont plus possibles avec la fortune d'un particulier. La plupart du temps elle est insuffisante. L'action, en permettant aux plus petites bourses d'apporter leur contribution à la création d'entreprises, fut, par excellence, l'instrument de la concentration des capitaux et, par suite, de l'essor économique moderne. De ce chef, elle a rendu d'inappréciables services.

Mais ces services ne doivent pas faire perdre de vue les gros inconvénients qu'elle peut présenter et dont le principal est de faire de la petite épargne la proie facile de financiers malhonnêtes. On peut très bien imaginer quelques compères faisant appel au public pour créer une affaire qu'ils affirment devoir être très rémunératrice, se faisant

nommer administrateurs de la société ainsi créée et dilapidant à leur profit le capital social. De même, il est arrivé plusieurs fois qu'une affaire étant très mauvaise, les administrateurs aient employé les fonds sociaux à distribuer des dividendes fictifs et que, profitant de la hausse du cours des actions, ils se soient débarrassés de la presque totalité de celles qu'ils possédaient et ce avec une forte prime. Et ces pratiques ne sont pas les seules qui puissent se présenter à l'esprit.

Pour y parer, il est nécessaire et de subordonner la création de la société à des formalités assez étroites et de donner aux actionnaires un droit de regard sur la gestion de la société.

Nous n'avons pas à examiner ici ce que doivent être les règles relatives à la constitution de la société.

Quant au droit de regard des actionnaires sur la gestion des administrateurs, il semble que le législateur le leur ait accordé et qu'il soit même allé beaucoup plus loin.

Tous les pouvoirs sociaux ne sont-ils pas entre les mains des actionnaires réunis en Assemblée générale? Celle-ci ne peut-elle pas révoquer *ad nutum* les administrateurs?

Théoriquement, cela est exact, mais en fait il en va tout autrement. D'une part, les administrateurs sont pratiquement inamovibles, car en face de l'agrégat désordonné que constitue l'Assemblée générale des actionnaires, en face de cette cohue, la plupart du temps incompétente et facile à duper, le bloc solide des administrateurs peut tout. D'autre part, alors même que les actionnaires seraient en mesure de lire un bilan, ils pourraient très aisément être trompés par le conseil d'administration.

La comptabilité peut être rigoureusement exacte et traduire avec infidélité la situation de la société. Ainsi pour le portefeuille des effets à recevoir, ce n'est pas tant la quantité des effets qui importe que leur qualité. En outre, il est des accommodements avec la comptabilité. La surestimation de

l'actif est celui que l'on rencontre le plus fréquemment. On y peut ajouter l'insuffisance des amortissements qui n'est, au fond, qu'une des formes de la surestimation de l'actif. Et ces fraudes ne sont pas les seules (1).

De là, la nécessité d'un organisme de contrôle émanant directement de l'Assemblée générale et chargé de défendre les actionnaires contre les fraudes ou plus généralement contre les agissements coupables des administrateurs.

Mais, avons-nous vu, sous prétexte de défendre les actionnaires contre les administrateurs, il ne faut pas rendre impossible la gestion des affaires sociales, compromettre le succès de la société par un contrôle tatillon et déprimant.

Frappés des inconvénients que présenterait un tel contrôle, certains pays ont réduit à l'excès les pouvoirs des commissaires. Ils en ont fait beaucoup moins un organe de surveillance qu'un organe d'information chargé de documenter l'Assemblée générale sur les opérations faites par la société au cours de l'exercice écoulé. Or, l'utilité d'un contrôle ne réside pas tant dans le fait de dénoncer les fautes commises que d'empêcher les fautes de se commettre. Qu'importe aux actionnaires de savoir qu'ils ont été trompés par les administrateurs si la société est ruinée. Mieux aurait valu empêcher les agissements malhonnêtes.

Et que dire de ce contrôle lorsque, comme en France, il est enfermé dans des limites si étroites que, dans la plupart des cas, les fautes commises ne peuvent même pas être dénoncées ?

A examiner le problème sans idées préconçues et à la lumière de l'expérience, il semble que, logiquement, le rôle des commissaires est de contrôler à chaque instant les affaires sociales, en sorte que les administrateurs ne puissent

(1) V. à ce sujet, Henri Rousseau, *Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine*, 15 août-15 nov. 1921, p. 106 à 110.

sacrifier les intérêts sociaux à leurs intérêts personnels. Il faut donc résolument faire des commissaires et les gardiens des statuts et les défenseurs de l'intérêt social lorsqu'il est en conflit avec l'intérêt particulier des membres du conseil d'administration. Dans les cas de violations ou de conflits de ce genre, les commissaires doivent avoir un droit de *veto*. Par contre, ils n'ont pas à s'occuper de la gestion au point de vue technique, à en apprécier les méthodes ou l'habileté et à faire à ce sujet des remontrances aux administrateurs. Ils doivent simplement faire part à l'Assemblée générale de ce qu'est cette gestion, se bornant à être sur ce point de simples agents d'information et à veiller à ce que les administrateurs ne cherchent pas à dissimuler aux actionnaires la situation réelle de la société.

Tel, semble-t-il, devrait être, logiquement, le rôle des commissaires de surveillance.

En fait, « tout autre et bien plus réduit est le rôle des commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes françaises. Ils sont nommés par l'Assemblée générale et, à son défaut, par le président du tribunal de commerce de l'arrondissement du siège social. Leur mission est de faire un rapport, à l'Assemblée générale de l'année suivante, sur la situation de la société, le bilan et les comptes présentés par les administrateurs. Pour faire ce travail, ils ont le droit, dans le trimestre qui précède la réunion de l'Assemblée générale, de prendre communication des livres de la société toutes les fois qu'ils le jugent convenable, et d'examiner les opérations effectuées par les administrateurs. De plus, chaque semestre, un état sommaire de la situation active et passive de la société doit leur être remis. A cela se bornent leurs droits. Réduits à la lecture, chaque semestre, de l'état sommaire qui leur est communiqué et forcés de reporter au dernier trimestre les investigations indispensables à l'exécution de la tâche qui leur a été confiée, ils sont d'autant plus hors d'état d'aboutir que, pendant la plus grande partie de ce laps

de temps déjà trop court, ils ne travaillent sur aucune base sérieuse. C'est seulement le quarantième jour avant la réunion de l'Assemblée que les administrateurs sont tenus de présenter aux commissaires l'inventaire, le bilan et le compte des profits et pertes... A supposer que les commissaires soient autre chose que les hommes des administrateurs — et dans les conditions où ils sont nommés il paraît difficile que cet idéal soit réalisé — il est certain qu'ils se heurtent à une véritable impossibilité matérielle de remplir convenablement les fonctions dont ils sont chargés. Au jour de l'Assemblée générale, les actionnaires ne peuvent guère espérer trouver, dans le rapport des commissaires qu'ils ont choisis — même les meilleurs — qu'une reproduction des comptes fournis par les administrateurs » (Henri Rousseau, in *Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine*, 15 août-15 nov. 1921).

En fait, dotés de pouvoirs insuffisants, les commissaires de surveillance prennent bien rarement leur rôle au sérieux. Leurs fonctions, considérées comme purement honorifiques, sont assumées par des actionnaires importants qui, la plupart du temps, ne savent même pas lire un compte et qui ne voient dans leur charge « qu'un acheminement naturel vers le conseil d'administration » (Rousseau, *loc. cit.*, p. 118). Aussi rien n'est plus dépourvu d'intérêt qu'un rapport des commissaires de surveillance d'une société française. Nulle considération sur la marche de l'affaire, rien qu'une énumération fastidieuse des postes du bilan que termine inévitablement le conseil aux actionnaires d'approuver les comptes présentés. Autant dire que le contrôle des commissaires de surveillance est, à l'heure présente, inexistant dans les sociétés anonymes françaises.

TITRE II

Les commissaires de surveillance en France.

Sortant des généralités dans lesquelles nous nous sommes maintenu jusqu'ici, nous allons étudier dans le titre II les dispositions de la loi de 1867 relatives aux commissaires de surveillance des sociétés anonymes françaises. Cette étude comportera quatre chapitres, savoir :

Chapitre premier. — Nomination des commissaires.

Chapitre II. — Obligations des commissaires.

Chapitre III. — Prérogatives des commissaires.

Chapitre IV. — Responsabilité des commissaires.

CHAPITRE PREMIER

Nomination des commissaires.

Le mode de nomination des commissaires de surveillance est fixé dans les termes suivants par l'article 32 de la loi du 24 juillet 1867 : « L'Assemblée générale annuelle désigne un ou plusieurs commissaires associés ou non. »

Ainsi, c'est l'Assemblée générale qui nomme les commissaires et c'est là, semble-t-il, une disposition rationnelle, car il appartient au mandant de choisir son ou ses mandataires. Néanmoins, à examiner cette solution du point de vue pratique, il apparaît qu'elle n'est pas de beaucoup aussi satisfaisante qu'il semble au premier abord. Nous avons vu, en effet, que, dans la presque totalité des cas, l'Assemblée générale des actionnaires est incompétente et incapable d'user de ses pouvoirs. C'est un éternel mineur qui toujours a besoin d'un tuteur. Dans ces conditions, il arrive ceci que les administrateurs choisissent les futurs commissaires et les présentent à l'Assemblée générale qui toujours ratifie d'enthousiasme le choix ainsi effectué. Ainsi, les contrôleurs se trouvent désignés par les contrôlés, ce qui n'est pas fait assurément pour que la surveillance soit sérieuse et impartiale. Aussi s'est-on demandé s'il ne conviendrait pas de donner en cette matière à l'Assemblée générale un tuteur moins intéressé que le conseil d'administration. D'aucuns ont proposé que l'Assemblée choisisse les commissaires sur une liste qui lui serait présentée soit par le tribunal de commerce, soit par le président de la chambre de commerce. A coup sûr, ce système serait de beaucoup préférable à la pratique actuelle.

Quoi qu'il en soit, c'est l'Assemblée générale *annuelle* qui désigne les commissaires. Annuelle, dit la loi ; donc, les commissaires sont nommés pour un an. Cela ne fait pas de doute, si de l'article 32 on rapproche l'article 25 : « ... Cette Assemblée nomme les premiers administrateurs ; elle nomme également, *pour la première année*, les commissaires institués par l'article 32 ci-après. »

Mais les commissaires sont rééligibles ; on ne voit pas, en effet, ce qui pourrait s'opposer à leur réélection. La jurisprudence s'est d'ailleurs prononcée en ce sens (Civ., 11 janv. 1910, D., 11. 1. 203, J. S., 10, p. 206). Les actionnaires n'ont qu'intérêt à réélire des mandataires dont ils sont satisfaits et qui connaissent bien la société. Dans l'arrêt précité du 11 janvier 1910, il a été décidé que cette réélection pouvait être faite même implicitement et qu'il appartenait au juge d'apprécier souverainement si la volonté de l'Assemblée s'était manifestée à ce sujet.

L'Assemblée générale annuelle désigne les commissaires, avons-nous vu. Mais cette désignation ne suffit pas pour que le contrat de mandat soit conclu. Aux termes de l'article 1384 du Code civil, le contrat ne se forme en effet que par l'acceptation du ou des mandataires. La nomination des commissaires n'est donc définitive que lorsque ceux-ci ont accepté leurs fonctions. D'ailleurs, l'acceptation, pas plus d'ailleurs que la désignation, n'est soumise à aucune forme, car le mandat est un contrat consensuel. Donc, si les commissaires désignés sont présents à la séance, leur acceptation est constatée par le procès-verbal de la réunion.

C'est ce que dit expressément l'alinéa 4 de l'article 25 de la loi du 24 juillet 1867 : « Le procès-verbal de la séance constate l'acceptation... des commissaires présents à la réunion. » Au lieu d'être présents à la réunion, ils pourraient y être représentés par un mandataire spécial auquel ils auraient donné pouvoir d'accepter pour eux. Dans le cas où ils ne seraient ni présents ni représentés, il faut admettre que

l'acceptation pourra être contenue dans un acte ultérieur qui sera annexé au procès-verbal. Cet acte sera authentique ou sous seing privé. Enfin, en vertu du caractère consensuel du mandat, l'acceptation peut même être tacite, résulter notamment d'actes de la fonction qui impliqueraient cette acceptation (V. Colin et Capitant, t. II, p. 708).

L'assemblée des actionnaires, dit l'article 32, nomme « un ou plusieurs commissaires ». Cette stipulation a été louée; elle serait, paraît-il, utile aux petites sociétés qui n'aiment pas à payer plusieurs commissaires de surveillance. Économie bien faible verrons-nous, et à tout compter assez coûteuse.

Un commissaire est plus facilement corruptible que plusieurs et, à ne pas tout mettre au pire, le contrôle est bien plus complet, bien moins sujet à erreur quand il y a pluralité de contrôleurs. En pratique, un collège de trois commissaires au moins semble indispensable.

Ces commissaires, continue l'article 32, peuvent être « associés ou non ». Certains ont critiqué cette disposition. Des associés, assurent-ils, seraient plus vigilants dans leur contrôle. De plus si on demandait aux commissaires d'affecter comme les administrateurs un certain nombre d'actions, en garantie de leur obligation de surveiller les affaires sociales, les actionnaires sauraient sur quels biens des commissaires réaliser leurs créances de dommages-intérêts. Ces affirmations sont discutables : leur qualité d'associés n'incitera-t-elle pas les commissaires à cacher une situation qui, si elle était dévoilée, aurait pour résultat de déprécier leurs titres. Quant à la garantie que pourraient fournir les actions des commissaires déposées en cautionnement, elle serait à peu près sans valeur, car la plupart du temps les pertes sont hors de proportion avec la valeur nominale des titres déposés; cela ne serait-il pas, que les pertes subies par la société auraient réduit à peu de chose la valeur actuelle des actions ainsi données en garantie. Enfin on s'interdirait par une telle disposition de choisir comme commissaires telles ou telles per-

sonnes dont la compétence est un gage de surveillance sérieuse et qui ne sont pas actionnaires de la société.

On s'est demandé si les notaires peuvent être commissaires de surveillance. On en a douté à cause de l'article 12 de l'ordonnance du 4 janvier 1843, qui interdit aux notaires de s'immiscer dans l'administration des sociétés. Néanmoins cet article ne saurait, en l'espèce, s'appliquer, car les commissaires n'administrent pas (V. Lyon-Caen et Renault, n° 839; Houpin, *J. S.*, 1893, p. 416).

Les avocats peuvent-ils faire partie d'un collège de commissaires de surveillance? On ne voit pas ce qui pourrait, en principe, s'y opposer. Mais, dans la plupart des barreaux, la règle est que les avocats ne doivent pas accepter de mandat, ce qui les empêche, en fait, d'être commissaires.

Les statuts pourraient valablement stipuler que les commissaires devront être choisis parmi les personnes exerçant une profession déterminée, par exemple, parmi des experts-comptables et des ingénieurs. Et il serait à souhaiter que le recrutement des commissaires fût effectué parmi des personnes présentant les garanties voulues de capacité. Il est permis de penser que sur ce point le législateur de 1867 n'a pas été assez exigeant.

Il pourrait être aussi spécifié dans les statuts que les commissaires devront être choisis parmi les actionnaires d'une catégorie déterminée (V. Wahl, *J. S.*, 1913, p. 354).

Mais les premiers commissaires ne pourraient, comme les premiers administrateurs, être désignés par les statuts, car les statuts étant l'œuvre des fondateurs, les personnes chargées d'exercer la surveillance sur la gestion des administrateurs auraient été choisies par les administrateurs eux-mêmes, les fondateurs étant toujours les premiers administrateurs. C'est dans la deuxième ou dans l'unique Assemblée constitutive qu'il doit, à peine de nullité, être procédé à la nomination des commissaires (Toulouse, 27 mars 1887, *J. S.*, 1888, p. 2. — Thaller et Pic, n° 959). Ajoutons que si les premiers commis-

saires n'étaient pas nommés, la société ne serait pas valablement constituée.

Il va sans dire que les commissaires ne pourraient être choisis parmi les administrateurs. Une personne ne saurait être chargée de se surveiller elle-même (Seine, 4 déc. 1899, *J. S.*, 1900, p. 367). La loi française est muette sur cette incompatibilité que le Code de commerce allemand prononce expressément en son article 248.

Nous avons vu que le mode actuel de désignation des commissaires aboutit au même résultat que s'ils étaient directement nommés par les administrateurs. Cette interdiction est donc assez vaine.

« A défaut de nomination des commissaires par l'Assemblée générale, dit l'article 32, ou en cas d'empêchement ou de refus d'un ou de plusieurs commissaires nommés, il est procédé à leur nomination ou à leur remplacement par ordonnance du président du tribunal de commerce du siège de la société, à la requête de tout intéressé, les administrateurs dûment appelés. »

Par intéressés, il faut entendre les actionnaires et aussi les créanciers vis-à-vis desquels les actionnaires sont responsables.

Au cas de défaut de nomination des commissaires par l'Assemblée générale ou s'il y a empêchement ou refus des commissaires nommés, le conseil d'administration a-t-il le choix entre les deux solutions suivantes : soit convoquer une nouvelle Assemblée générale aux fins de réparer l'erreur commise ou de nommer de nouveaux commissaires, soit faire procéder à la nomination des commissaires par ordonnance du président du tribunal de commerce du siège de la société ? La question est discutée. L'opinion dominante est que le conseil d'administration n'a pas le choix et doit nécessairement recourir au président du tribunal de commerce (V. en ce sens, Houpin, *J. S.*, 1897, p. 49. — V. cependant, en sens contraire, Arthuys, n° 568, note).

CHAPITRE II

Obligations des commissaires.

Aux termes de l'article 32 de la loi du 24 juillet 1867, les commissaires désignés par l'Assemblée générale sont « chargés de faire un rapport à l'Assemblée générale de l'année suivante sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs ».

Ainsi, à s'attacher aux dispositions mêmes de la loi, les commissaires sont obligés :

1° De présenter un rapport à l'Assemblée générale annuelle;

2° De documenter, dans ce rapport, les actionnaires :

Sur le bilan et les comptes présentés par les administrateurs ;

Sur la situation de la société et, verrons-nous, sur la gestion sociale.

Les commissaires doivent rédiger un rapport qu'ils présenteront à l'Assemblée générale annuelle. Cette présentation est requise, dit l'article 32 de la loi de 1867, « à peine de nullité de la délibération contenant approbation du bilan et des comptes ». Et il ne suffirait pas que la présentation du rapport fût faite au cours de l'Assemblée générale, à un moment quelconque ; la loi exige que la délibération relative au bilan et aux comptes soit *précédée* du rapport des commissaires. Ceci est logique, car le rapport est destiné à éclairer les actionnaires et à leur permettre de voter en connaissance de cause.

Mais la disposition aux termes de laquelle l'approbation du bilan et des comptes doit, à peine de nullité, être précédée du rapport des commissaires est spéciale aux Assemblées générales annuelles d'une société fonctionnant dans les conditions ordinaires de ses statuts; elle doit donc, ainsi que la nullité qu'elle prononce, être restreinte aux cas pour lesquels elle a été édictée. Elle ne peut pas être étendue par analogie à la reddition des comptes définitifs par les administrateurs d'une société en liquidation, à moins de clause expresse des statuts exigeant cette formalité (Cass., 20 juill. 1897, S., 97. 1. 409, D., 98. 1. 241).

La loi ne s'est pas expliquée sur la forme à donner au rapport des commissaires; aussi toute latitude est-elle laissée aux commissaires à ce sujet.

Il n'en est pas de même quant au délai dans lequel le rapport doit être déposé au siège. En effet, il résulte de l'article 35 de la loi de 1867 que ce rapport doit être déposé par les commissaires, au plus tard quinze jours avant l'Assemblée générale. « Quinze jours au moins avant la réunion de l'Assemblée générale, dit l'article 35, tout actionnaire peut... se faire délivrer copie... du rapport des commissaires. »

A s'en tenir à la lettre de l'article 35, « on pourrait croire que le rapport doit être communiqué avant le début de la quinzaine qui précède l'Assemblée. Mais tout le monde est d'accord pour repousser cette interprétation et pour reconnaître que la loi doit être entendue en ce sens que tout actionnaire peut, pendant les quinze jours au moins (rien d'ailleurs n'empêche de stipuler dans les statuts un délai plus long) qui précèdent la réunion de l'Assemblée, venir au siège social prendre connaissance du rapport des commissaires » (Percerou, *J. S.*, 1908, p. 146). De même, M. Wahl (*J. S.*, 1911, p. 194) écrit : « On est d'accord pour reconnaître qu'en ce qui concerne le délai de communication, l'article 35 est rédigé en termes incorrects et qu'il faut lire « quinze jours

au plus » ; les actionnaires ne peuvent exiger la communication que dans les quinze jours qui précèdent la réunion ; si les textes étaient pris à la lettre, les actionnaires pourraient exiger la communication avant le commencement du délai de quinze jours, et ne le pourraient plus ensuite ; ils seraient ainsi privés de ce droit au moment où il deviendrait pour eux particulièrement intéressant, et la société serait, en outre, obligée de dresser les documents longtemps avant la réunion. » (Dans le même sens, Lyon-Caen et Renault, n^{os} 856, 858 et 1006 en note ; Houpin, n^o 896 ; Arthuys, n^o 583 ; Wahl, note dans *S.*, 1909. 1. 441. — Seine, 18 août 1900, *J. S.*, 1900, 511 ; Trib. comm. Lyon, 20 oct. 1902, *J. S.*, 1903, p. 67).

Au cas où les commissaires n'ont pas déposé leur rapport dans les délais de l'article 35, l'Assemblée générale est-elle nulle ? Pour certains auteurs (Lyon-Caen et Renault, n^o 856), l'affirmative ne fait pas de doute. D'autres, comme M. Wahl, penchent plutôt vers la négative : « Peut-être, écrit ce dernier auteur dans le *J. S.*, 1911, p. 200, cette solution rigoureuse est-elle discutable : les nullités de forme en matière de sociétés ne peuvent être suppléées, puisque la loi prend la peine de formuler nettement cette sanction dans le cas où elle la juge nécessaire... Si, en fait, aucun actionnaire n'a demandé, dans les quinze jours qui ont précédé la délibération, la communication du rapport, on ne voit pas pourquoi une prétendue irrégularité qui n'a causé aucun préjudice à personne entraînerait la nullité de la réunion. On ne voit pas non plus la nécessité d'annuler la délibération sous prétexte que le rapport n'a été déposé que moins de quinze jours avant la réunion, si, au moment où la première communication en a été demandée, il a pu être mis à la disposition des actionnaires. C'est seulement dans le cas où un actionnaire, faute de dépôt, n'a pu avoir communication du rapport qu'il peut y avoir intérêt à demander la nullité de l'Assemblée ; mais à supposer que l'action en nullité soit alors justifiée (question qui est très discutée), ce sera une action en

nullité pour défaut de communication et non pas une action en nullité pour défaut d'accomplissement d'une formalité ; par suite, l'actionnaire lésé peut seul demander la nullité de la réunion qui a été tenue régulièrement vis-à-vis des autres. »

Enfin, pour M. Percerou, « la prétendue règle pas de nullité sans texte... est une de ces formules commodes dont on abuse précisément à cause de leur commodité, mais qui ne résistent pas à l'examen ». C'est ainsi que malgré les termes de l'article 1080 du Code de procédure civile « qui porte textuellement qu'aucun acte de procédure ne pourra être déclaré nul si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi, et malgré aussi les prescriptions analogues des articles 408 et suivants du Code d'instruction criminelle, la jurisprudence, d'accord avec la raison, admet des nullités virtuelles pour inobservation de certaines règles que ces Codes ne prescrivent cependant pas à peine de nullité. A plus forte raison, doit-il en être de même en matière de société anonyme où aucun texte ne prohibe la nullité » (V. Percerou, *J. S.*, 1908, p. 216).

Quand donc la nullité devra-t-elle être prononcée ? Pour répondre à cette question, il faut chercher quel a été le but visé par le législateur. Lorsque l'infraction à la loi a des conséquences telles qu'elle empêche d'être atteint le but que le législateur avait en vue, la nullité doit être prononcée (cette théorie est exposée par M. Percerou dans les n^{os} 5 et 6 du *J. S.*, année 1908).

En l'espèce, ce que le législateur veut, c'est que les actionnaires puissent s'éclairer en examinant le rapport des commissaires et superposer de la sorte leur propre contrôle à celui de leurs mandataires.

Si donc « la société refuse d'une façon absolue et systématique de communiquer aux actionnaires, dans la quinzaine qui précède la réunion de l'Assemblée générale, les pièces visées par l'article 35, ce refus doit être sanctionné par la nullité de l'Assemblée, parce qu'il a pour résultat, contrai-

rement au vœu de la loi, de paralyser le contrôle individuel des actionnaires. Mais s'il ne s'agit que d'une irrégularité insignifiante de délais, si, par exemple, les documents de l'article 33 ne sont mis à la disposition des intéressés que quatorze jours au lieu de quinze avant l'Assemblée, sans que d'ailleurs ce retard s'oppose à ce qu'ils disposent encore d'un temps suffisant pour, s'ils le désirent réellement, se livrer à une vérification sérieuse, comme l'infraction commise n'empêche pas que le but de la loi soit atteint, on ne saurait prononcer en pareil cas la nullité de la délibération » (Percerou, *J. S.*, 1908, p. 222).

Logiquement, les commissaires, ou tout au moins l'un d'entre eux, devraient être présents à l'Assemblée générale afin de lire leur rapport et de donner toutes explications complémentaires que les actionnaires peuvent requérir d'eux. Néanmoins, la présence des commissaires à l'Assemblée n'est pas strictement nécessaire. Il suffit que leur rapport soit lu aux actionnaires (V. Lyon, 11 nov. 1887, *Moniteur de Lyon*, 10 avril 1888; Houpin, n° 899).

S'il y a plusieurs commissaires, le rapport doit être leur œuvre commune; il ne suffirait pas qu'il fût rédigé par un seul d'entre eux. Mais s'il résultait des circonstances que le second commissaire n'a été nommé qu'en cas d'empêchement du premier, il en serait autrement (Douai, 7 fév. 1895, *J. S.*, 1895, p. 323; Seine, 10 oct. 1892, *J. S.*, 1893, p. 121).

Si les commissaires ne sont pas d'accord, le rapport est voté à la majorité; néanmoins, les dissidents doivent exposer leurs avis séparés soit dans le même rapport, soit dans des rapports distincts (Houpin, n° 894).

Qu'est-ce que le rapport des commissaires doit contenir? Nous avons vu qu'il doit documenter les actionnaires, d'une part, sur le bilan et les comptes présentés par les administrateurs, d'autre part, sur la situation de la société et la gestion sociale, sur le bilan et les comptes présentés par les administrateurs. Donc, les commissaires doivent vérifier ces

comptes, examiner leur concordance avec les livres sociaux, se rendre compte de la justesse du bilan. Dès la création des commissaires, leur obligation de se livrer à ces vérifications a été soulignée : « Leur mission principale, écrit en parlant d'eux M. du Miral, dans son rapport au Corps législatif sur la loi de 1863, est de vérifier l'exactitude du bilan et des comptes qui, chaque année, doivent être présentés par les administrateurs à l'Assemblée générale des actionnaires et de faire un rapport qui constate cette vérification. » Les commissaires, écrit M. Houpin, doivent « se livrer à l'examen de la sincérité des écritures, de l'évaluation de l'actif et de l'importance des amortissements » (n° 899). Plusieurs fois, la jurisprudence a affirmé cette obligation. Il a été jugé que les commissaires doivent aussi bien vérifier la quantité que la qualité des effets en portefeuille (Lyon, 17 juill. 1873, D., 74. 1. 209), se livrer à un examen attentif des livres et du portefeuille de la société (Angers, 5 juill. 1876, D., 77. 2. 30) et ne pas se contenter d'extraits ou de résumés qui leur seraient fournis par les comptables ou les administrateurs (Lyon, 28 janv. 1890, D., 92. 2. 33, et Angers, 19 mai 1891, D., 92. 2. 81).

Un arrêt de la Cour de Paris (Paris, 1^{er} juin 1889, D., 92. 2. 177, J. S., 1890, p. 503) semble même aller un peu trop loin dans ce sens. Il déclare, en effet, que le mandat des commissaires consiste *uniquement* à établir un rapport sur le bilan et les comptes présentés à l'Assemblée par les administrateurs. C'est là, à n'en pas douter, une exagération, et celle-ci est d'autant plus regrettable qu'elle semble légitimer la pratique actuelle qui fait des commissaires non pas des commissaires de surveillance, mais de simples vérificateurs de comptabilité, des commissaires aux comptes.

Les commissaires, en effet, doivent aussi, dans leur rapport, apprécier la situation de la société et la gestion des affaires sociales par les administrateurs. Bien qu'ils s'en abstiennent le plus généralement, cela n'en est pas moins

stipulé en toutes lettres dans la loi pour ce qui concerne la situation de la société et les discussions qui ont eu lieu au Corps législatif, lors du vote de la loi de 1867, sont particulièrement explicites relativement à l'obligation pour les commissaires d'examiner la gestion sociale. Un député, M. Josseau, fit sur ce point l'observation suivante : « Je demande si ce rapport (le rapport des commissaires) dans la pensée de la commission devra porter seulement sur la situation, le bilan et les comptes, ou si, au contraire, il ne devra pas contenir l'appréciation des opérations qui ont motivé ces comptes et amené cette situation.

» Constater la situation matérielle, les comptes et le bilan qui sont presque toujours réguliers, sans juger les opérations elles-mêmes, c'est s'arrêter aux effets sans remonter aux causes. Le rapport limité à ces constatations serait évidemment insuffisant. »

A cette observation, le rapporteur, M. Mathieu, répondit : « ... Le texte me semble parfaitement clair... Dans le délai de trois mois qui précède l'Assemblée générale, les commissaires doivent se livrer à toutes les investigations possibles sur les opérations de la société. Il serait illogique que les commissaires qui sont armés de ce droit ou qui ont plutôt ce devoir ne vinssent pas faire à l'Assemblée générale un rapport qui exprime tout ce que, pour être fidèles à leur devoir, ils ont dû examiner. »

A ces paroles très claires, on peut ajouter plusieurs décisions jurisprudentielles. Ainsi, il a été jugé que « le mandat des commissaires les oblige à examiner l'ensemble de la situation sociale, les résultats des opérations engagées, la valeur des affaires entreprises et leur conformité, soit aux statuts sociaux, soit aux règles d'une bonne gestion » (Paris, 9 avril 1878, et Cass., 25 fév. 1879, D., 80. 1. 20).

De même, on trouve des décisions spécifiant que « les commissaires doivent examiner attentivement les opérations des administrateurs (Angers, 5 juill. 1876, D., 77. 2. 30, et

Req., 28 mai 1899, D., 90. 1. 414), constater leur mauvaise gestion, indiquer les irrégularités et les inexactitudes des inventaires, s'opposer à la distribution des dividendes fictifs ».

En résumé, « le rapport des commissaires doit constater la situation matérielle de la société telle qu'elle résulte de la vérification approfondie à laquelle les commissaires auront dû se livrer (notamment au point de vue de l'exactitude et de la sincérité des écritures, de l'évaluation de l'actif et de l'importance des amortissements)... et donner une appréciation sur les opérations qui ont été effectuées » (Houpin, n° 899).

Il a même été jugé que les commissaires de surveillance ayant pour obligation d'éclairer les actionnaires sur la situation de la société sont tenus, en vertu du droit commun et sous leur responsabilité, de contrôler les déclarations des fondateurs et de se préoccuper de la régularité de la constitution de la société comme de la manière dont elle est administrée (Paris, 14 nov. 1883, S., 83. 2. 17, D., 83. 1. 385).

Mais il ne faudrait pas déduire de là que les commissaires de surveillance soient chargés de vérifier l'accomplissement des formalités constitutives prévues par la loi. Nous examinerons d'ailleurs cette question en traitant de la responsabilité des commissaires.

Toutes ces obligations spéciales n'excluent pas, pour les commissaires, les obligations générales dérivant du mandat. En conséquence, ils sont tenus d'accomplir leur mandat et ils ne peuvent donner leur démission tant qu'ils n'ont pas été remplacés (Seine, 18 fév. 1885, *J. S.*, 1885, p. 503).

Simples mandataires, ils sont révocables par l'Assemblée générale, même en cours d'exercice (Lyon-Caen et Renault, n° 839; Houpin, n° 898). Il semble cependant que, conformément aux tendances générales de la jurisprudence (Req., 10 juill. 1865, S., 65. 1. 350; Nancy, 2 fév. 1909, D., 10. 2. 268, S., 1909. 2. 446), les commissaires révoqués abusivement aient droit à des dommages-intérêts.

En compensation de leurs obligations, les commissaires reçoivent, la plupart du temps, une rémunération, ceci bien que le mandat soit, de sa nature, gratuit (V. art. 1986 C. civ.). L'article 1986 reproduit une règle traditionnelle. D'après ce texte, le mandataire n'a droit à une rémunération qu'autant qu'elle a été convenue. C'est donc à lui à en faire la preuve, et, à défaut de cette preuve, il ne pourra exiger aucun émolument (Req., 1^{er} déc. 1891, D., 92. 1. 209, S., 93. 1. 497; 15 juill. 1896, D., 96. 1. 561, S., 97. 1. 269).

De l'article 1986, qui proclame la gratuité du mandat, la jurisprudence a déduit une solution curieuse, admise d'ailleurs de tout temps : elle permet aux tribunaux de réviser la rémunération stipulée par le mandataire et acceptée par le mandant, lorsque celui-ci démontre qu'elle est exagérée et excède de beaucoup les services rendus. Les tribunaux appuient leur intervention sur la teneur de l'article 1999, qui, parlant à la fois des avances faites par le mandataire et de son salaire, décide que le mandant ne peut se dispenser d'en faire le paiement, lors même que l'affaire n'a pas réussi.

Puis il ajoute, ne visant plus que les avances, que le mandant n'en peut faire réduire le montant sous le prétexte qu'elles pouvaient être moindres. Cette dernière disposition prouve qu'au contraire les salaires peuvent être réduits quand ils sont excessifs (V. Civ., 29 janv. 1887, D., 87. 1. 53, S., 87. 1. 245; Req., 12 déc. 1911, D., 13. 1. 129, note de M. Feuilloy, S., 12. 1. 374; Req., 11 mars 1913, D., 13. 1. 308, S., 13. 1. 240).

Ces dispositions et cette jurisprudence s'appliquent aux commissaires des comptes qui sont des mandataires.

Néanmoins, il est fort peu probable qu'il soit jamais intervenu une décision jurisprudentielle rabaisant le salaire des commissaires. En effet, celui-ci est généralement si minime qu'il en est ridicule et il paraît impossible de requérir des commissaires une surveillance assidue et un contrôle sérieux

en leur octroyant une rémunération aussi négligeable que celle qu'on a à peu près partout l'habitude de leur accorder.

D'après une décision du Tribunal de commerce de la Seine en date du 21 septembre 1883 (*J. S.*, 1891, p. 479), la rémunération des commissaires ne leur est acquise qu'après le dépôt de leur rapport à l'Assemblée générale.

CHAPITRE III

Prérogatives des commissaires.

Pour remplir leur mandat et documenter les actionnaires tant sur la situation de la société que sur la conduite des affaires sociales, la loi a donné aux commissaires certaines prérogatives mentionnées dans les articles 33 et 34 de la loi du 24 juillet 1867. Ces prérogatives sont de deux ordres :

Droit de prendre communication de certains documents ;

Droit de convoquer l'Assemblée générale des actionnaires.

Droit de prendre communication de certains documents —

En effet, aux termes de l'article 33, toutes les fois qu'ils le jugent convenable dans l'intérêt social, les commissaires peuvent, pendant le trimestre qui précède l'époque fixée par les statuts pour la réunion de l'Assemblée générale, prendre communication des livres de la société et examiner les opérations sociales.

D'autre part, en vertu de l'article 34, les commissaires doivent recevoir du conseil d'administration :

1° Copie de la situation semestrielle. On entend par là un état sommaire de la situation active et passive de la société dressé à la fin de chaque semestre ;

2° Quarante jours au plus tard avant l'Assemblée générale, communication de l'inventaire, du bilan et du compte de profits et pertes.

La première question qui se pose est celle de savoir si cette énumération est limitative ou simplement indicative. On est d'accord pour dire qu'elle est seulement indicative. « Le droit de communication accordé aux commissaires s'étend à

l'examen, dans les bureaux de la société, des livres de caisse, des comptes, des dépôts de titres, de la caisse elle-même, des états du matériel, des créances et des marchandises, des procès-verbaux du conseil d'administration et des Assemblées générales, et généralement permet aux commissaires de prendre connaissance de tous les documents nécessaires ou utiles à l'exercice de leur contrôle sur la société (Houpin, n° 900). De même, pour M. Percerou (V. J. S., 1908, p. 107 à 109), l'énumération des documents visés par les articles 33 et 34 est, cela va de soi, uniquement indicative. Étant donnée l'ampleur des fonctions de contrôle attribuées aux commissaires de surveillance, il faut, pour leur permettre de les remplir, leur reconnaître très largement le droit de communication et leur permettre de prendre connaissance, non seulement des pièces visées en termes exprès dans la loi, mais encore de toutes celles nécessaires à l'exercice de leur droit de contrôle, par exemple des comptes courants ouverts aux administrateurs (Orléans, 21 juill. 1875, S., 76. 2. 101). De même, il a été décidé que le droit des commissaires « s'étend aussi loin que l'exigent leurs attributions et les nécessités du contrôle qu'ils doivent exercer sur la société; que les communications qu'ils sont en droit d'exiger comportent donc le droit de prendre et de faire prendre copie de tous les documents nécessaires à l'exercice de la surveillance en vue de laquelle la loi les a constitués; qu'en effet, une communication qui ne consisterait que dans une simple lecture du document dont il leur serait donné connaissance serait insuffisante, soit à raison de sa complication, soit à raison de la nature de l'affaire sociale, pour qu'ils puissent se rendre un compte exact de la situation de la société » (Paris, 9 juill. 1866, S., 67. 2. 262, D., 66. 2. 138). « La responsabilité, spécialement rigoureuse puisqu'ils sont mandataires de la société, qu'ils encourraient en cas d'emploi abusif, notamment par voie de publication, des documents ainsi communiqués ou copiés, constitue d'ailleurs une

garantie contre des abus de ce genre. » (Percerou, *J. S.*, 1908, p. 107.)

On est d'accord pour déclarer qu'à raison du caractère intime de leur mission, et de leur choix fait *intuitu personæ*, les commissaires n'ont pas le droit de se faire suppléer, dans leurs recherches, par des mandataires (V. Lyon-Caen et Renault, n° 1005; Pont, *Traité des sociétés*, n° 1506; Houpin, n° 900; Percerou, *J. S.*, 1908, p. 107 et 108).

Si, en violation des articles 33 et 34 de la loi de 1867, les administrateurs refusent aux commissaires la faculté d'exercer leur droit de communication, deux sortes de sanctions peuvent être envisagées : une sanction préventive et une sanction répressive.

Une sanction préventive d'abord, car les commissaires pourront s'adresser au juge pour qu'il prescrive aux administrateurs, sous peine d'astreinte, de se conformer à la loi. Mais à qui devront s'adresser les commissaires pour obtenir cette condamnation? La question est controversée. On a soutenu qu'à raison du caractère urgent de la demande c'est le juge des référés qui est compétent (V. Lyon, 17 nov. 1869, *S.*, 71. 2. 26. Ordonn. du président du Trib. civ. Seine, 14 juin 1890, *J. S.*, 1891, p. 41; Pont, *Sociétés*, n° 1518; Lyon-Caen et Renault, n° 856; Vavasseur, *Traité des sociétés*, n° 817). Cette opinion est contestée et des auteurs (V. Percerou, *J. S.*, 1908, p. 211 et 212) déclarent qu'il faut « écarter la compétence du juge des référés parce qu'il est de règle que le juge des référés n'est compétent que dans les matières dont connaissent les tribunaux civils, et que, spécialement, il ne peut statuer dans les affaires commerciales. » Ce serait donc au tribunal de commerce que les commissaires devraient s'adresser.

Le droit de communication des commissaires de surveillance comporte aussi une sanction répressive. Deux cas doivent être distingués suivant qu'il y a eu simple retard dans la communication ou refus absolu de communiquer. S'il y a

simple retard, nous retrouvons la controverse relative à la violation du délai de l'article 35, controverse que nous avons examinée au chapitre précédent.

Les uns (V. Wahl, *J. S.*, 1911, p. 199) soutiennent que l'Assemblée générale ne saurait être déclarée nulle du fait d'un retard dans la communication des documents aux commissaires. Les autres (V. Percerou, *J. S.*, 1908, p. 243 et 244) estiment que la nullité de l'Assemblée doit être prononcée si la violation du délai est telle qu'elle a pour conséquence d'empêcher les commissaires d'exercer leur contrôle. Mais « s'il leur reste encore un temps suffisant pour, après avoir consulté les documents, en faire état dans leur rapport et exercer ainsi sérieusement le contrôle que la loi leur confie », malgré l'infraction commise, le but légal est néanmoins atteint et il n'y a pas lieu à nullité de l'Assemblée générale.

Avant d'abandonner cette question de délais, remarquons que la loi n'a rien dit à ce sujet sur la situation semestrielle qui, aux termes de l'article 34, doit être communiquée aux actionnaires. Cette liberté peut donner matière à des abus qui seraient fâcheux si — comme nous le verrons plus tard — l'utilité de cette situation n'était pratiquement négligeable.

S'il y a refus absolu de la part des administrateurs de se conformer aux articles 33 et 34, quelle sera la sanction de ce refus? On discute sur ce point. De ce que l'article 32 déclare nulle l'Assemblée qui n'a pas été précédée du rapport des commissaires et que les articles 33 et 34 ne prononcent pas la même sanction, M. Wahl (*J. S.*, 1911, p. 199 et note) déduit que le refus absolu de communication n'entraîne pas la nullité de l'Assemblée. Les administrateurs seraient simplement passibles de dommages-intérêts. De plus, les commissaires pourraient se refuser à rédiger leur rapport. Pour M. Percerou, la nullité n'est pas douteuse, et si l'on suppose que « malgré l'absence ou le refus de communication aux commissaires de surveillance de l'inventaire du

bilan ou du compte de profits et pertes, l'Assemblée générale annuelle de la société anonyme vote quand même l'approbation des comptes, celle-ci est entachée de nullité » (V. *J. S.*, 1908, p. 243 et 244). Peut-être cette controverse a-t-elle un caractère plus théorique que pratique. Il est, semble-t-il, permis de penser que le commissaire qui oserait faire un rapport aux actionnaires sans avoir eu la possibilité d'examiner les livres sociaux serait coupable de légèreté dans l'exécution de son mandat. Il devra donc s'abstenir de rédiger son rapport. En fait, il le fera toujours et l'Assemblée générale ne pourra, conformément à l'article 32, approuver valablement les comptes.

Du fait qu'ils ont un droit de communication étendu, il ne faut pas déduire que les administrateurs puissent s'immiscer dans la gestion des affaires sociales. Toute ingérence de cet ordre leur reste interdite. Ils ne peuvent donc pas exercer un droit de *veto* sur les actes des administrateurs, critiquer leur gestion au point de vue technique, donner leurs avis aux administrateurs sur les actes qui entrent dans les attributions du conseil d'administration (V. Houpin, n° 902). La jurisprudence est formelle en ce sens. Un arrêt de la Cour de Paris (1^{er} juin 1899, D., 92. 1. 77) déclare que « les commissaires de surveillance n'ont pas à s'immiscer dans l'administration, ni à rechercher ou à critiquer les causes ou la validité des obligations souscrites par les administrateurs et qui ont donné lieu aux paiements constatés par le bilan ».

Rien n'empêcherait cependant d'étendre par une clause des statuts et les délais de communication (En ce sens : *J. S.*, 1908, p. 111 ; Arthuys, n° 569. — Paris, 14 déc. 1880, *J. S.*, 1881, p. 28) et les pouvoirs des commissaires de surveillance.

Ainsi l'on pourrait rendre permanents les pouvoirs des commissaires (En ce sens, Percerou, *loc. cit.*) et, croyons-nous, leur donner, par exemple, un droit de *veto*. Il appartient, en effet, aux parties de fixer comme elles le désirent

les limites du mandat du moment qu'elles ne violent pas — ce faisant — l'ordre public et les bonnes mœurs. Ce que le législateur a voulu, c'est simplement fixer un minimum de prérogatives à accorder aux commissaires. Aussi les statuts ne pourraient-ils donner aux commissaires des pouvoirs inférieurs à ceux fixés par la loi.

Droit de convoquer l'Assemblée générale des actionnaires. — Outre leur droit de communication, les commissaires ont, aux termes de l'article 33 de la loi de 1867, le droit de convoquer *en cas d'urgence* l'Assemblée générale des actionnaires. En cas d'urgence, dit la loi. Aussi le fait pour les commissaires de convoquer l'Assemblée sans motif grave serait, de leur part, une faute dont ils seraient tenus de répondre. Quand y aura-t-il urgence? C'est là une pure question de fait qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement. Ainsi, il a été décidé que l'urgence est suffisamment justifiée lorsque les commissaires ont été saisis des réclamations de nombreux actionnaires sur la situation de la société et principalement lorsque l'Assemblée a, dans la pleine liberté que lui laissait la convocation, voté à une grande majorité le changement total du conseil d'administration (Paris, 13 nov. 1890, D., 92. 2. 159, S., 92. 2. 210, J. S., 1898, 246. — V. aussi Seine, 7 juin 1901, J. S., 1902, 174).

Du fait qu'ils ont le droit de convocation, les commissaires ont celui de présider cette Assemblée et de fixer son ordre du jour (Seine, 7 juin 1901, précité).

Les statuts peuvent réglementer le droit de convocation que la loi accorde aux commissaires, mais ils ne sauraient l'entraver ou le supprimer. Ainsi, lorsque les statuts prévoyent que la réunion aura lieu dans un local choisi par le conseil, si ce dernier se refuse à toute convocation, les commissaires auront la faculté de convoquer l'Assemblée générale dans un autre endroit (Seine, 9 mars 1892, J. S., 1892, p. 246). De même, si les statuts spécifient que l'ordre du jour devra être fixé par le conseil d'administration à la

demande des commissaires, le refus ou le retard apportés par le conseil à dresser l'ordre du jour ne sauraient empêcher les commissaires de le rédiger (Paris, 13 nov. 1890, précité).

Tels sont les pouvoirs accordés aux commissaires de surveillance par le législateur français. Quelle appréciation porter sur eux? Tout d'abord, on peut, à bon droit, s'étonner que la loi ait donné des pouvoirs différents aux commissaires des sociétés anonymes et à ceux des sociétés en commandite. On ne voit à cela aucune raison logique. Aussi bien la raison en est-elle purement historique. Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction du présent ouvrage, « les deux types de société dérivait de deux lois distinctes, la commandite de la loi de 1856, la société anonyme de la loi de 1863. Cela a suffi pour qu'on les traitât à part, et pour que, sauf en ce qui concerne les conditions constitutives sur lesquelles l'attention du législateur était particulièrement attirée, l'œuvre d'unification qu'on entreprenait fût, sur les autres points, mal venue et incomplète » (Percerou, *J. S.*, 1908, p. 110).

Nous avons vu que, logiquement, les fonctions des commissaires de surveillance dans la société anonyme et dans la commandite par actions doivent être identiquement semblables; que, d'ailleurs, les textes relatifs au conseil de surveillance et ceux qui ont trait aux commissaires, s'ils sont rédigés de façon différente, donnent, au fond, aux uns et aux autres (sauf en ce qui concerne la vérification des opérations de constitution) les mêmes devoirs; que, dans ces conditions, on ne peut justifier la différence que la loi établit entre les prérogatives des uns et des autres. Puisque les commissaires des sociétés anonymes ont absolument (sauf sur un point) la même tâche à remplir que leurs collègues de la commandite, il est inexplicable que la loi ne leur donne pas un droit de contrôle permanent tel que celui qu'elle a accordé aux membres des conseils de surveillance de la société en commandite par actions.

Quoi qu'il en soit de cette distinction, quelle est la valeur

exacte des prérogatives données par la loi aux commissaires de surveillance? Cette valeur est assez faible. Tout d'abord, le fait de restreindre à une période de trois mois le délai d'examen des livres et des opérations sociales est critiqué par l'unanimité des auteurs. En effet, l'Assemblée générale annuelle de la plupart des sociétés anonymes se tient très généralement au cours du sixième mois suivant celui de la clôture de l'exercice social; il s'ensuit que les commissaires n'examinent les livres que trois mois après la fin de l'année sociale. Comment, à cette époque tardive, vérifier matériellement les stocks de matières premières ou de marchandises, vérifier les effets en portefeuille, l'encaisse? Dans l'état présent de la législation, les commissaires ne peuvent rien contre la fraude la plus dangereuse, contre la surestimation de l'actif.

En outre, les commissaires ne reçoivent le bilan, l'inventaire, le compte de profits et pertes que quarante jours avant l'Assemblée générale. Ce délai, déjà insuffisant pour une vérification minutieuse, se trouve encore abrégé de quinze jours par les dispositions de l'article 35 examinées dans le chapitre précédent. En joignant à ces quinze jours les délais nécessaires à l'impression de leur rapport, les commissaires ont deux mois et dix jours pour examiner les livres sociaux et les opérations de toute une année, vingt jours pour vérifier le bilan, l'inventaire et le compte de profits et pertes. Comment dans ces délais, examiner la concordance des écritures, les libellés des comptes, la justesse des opérations, celle des inventaires, vérifier tous les portefeuilles, pointer les pièces de caisse, lire les livres de procès-verbaux, examiner l'ensemble des opérations sociales, voir si les livres, bien que justes, sont sincères, c'est-à-dire traduisent la situation exacte de la société?

D'autre part, il ne faut pas oublier que les commissaires de surveillance doivent surveiller les opérations sociales, défendre les actionnaires contre les fraudes d'administrateurs malhonnêtes. Ainsi que nous l'avons déjà vu, ils ne

peuvent aujourd'hui intervenir que lorsque le mal est irréparable. Si les délais — beaucoup trop brefs — pendant lesquels ils peuvent s'occuper de la société leur laissent le temps de découvrir les malversations commises, ils ne peuvent jamais que les dénoncer, et cela si tardivement qu'elle sont déjà produit toutes leurs conséquences. Le contrôle perd ainsi sa vertu primordiale qui est de prévenir les abus. Et l'on ne saurait affirmer que la situation semestrielle obligatoirement communiquée aux commissaires leur donne des indications utiles pour la période pendant laquelle ils n'ont pas droit d'entrée à la société. Outre que la loi n'a pas fixé le délai dans lequel cette situation doit être communiquée aux commissaires — ce qui permet tous les abus — comment accorder quelque valeur à une pièce dont on ne peut vérifier la justesse?

Quant au droit qu'ont les commissaires de convoquer l'Assemblée générale, il serait précieux si leurs pouvoirs étaient permanents, car il leur permettrait de prévenir les malversations et les catastrophes. Mais aujourd'hui il n'a pas sa raison d'être. En cours d'exercice, les commissaires qui n'ont pas droit d'entrée à la société ne connaissent absolument rien d'elle. Comment donc pourraient-ils savoir qu'il y a urgence à convoquer l'Assemblée générale. Quant à convoquer cette Assemblée dans la période de trois mois pendant laquelle ils peuvent examiner les opérations sociales, à quoi bon, puisque les actionnaires vont se réunir? Mais si les commissaires découvrent une faute très grave, n'ont-ils pas parfois intérêt à devancer la date primitivement fixée pour l'Assemblée? Vu les délais requis pour publier cette convocation, ils ne pourraient gagner qu'un temps insignifiant; de plus, la date déjà éloignée à laquelle la faute a été commise fait que celle-ci a produit toutes ses conséquences, si bien qu'il n'y a aucun intérêt à donner aux commissaires ce droit de convocation.

En réalité, nous voyons ici en pleine lumière combien le

législateur a manqué de précision dans la conception qu'il s'est faite des commissaires de surveillance. Ou il fallait n'en faire que des vérificateurs de comptabilité, et, dès lors, point n'était besoin de leur donner ces droits exorbitants de convoquer l'Assemblée générale et d'examiner les opérations de la société; ou il fallait en faire — comme cela est conforme à la logique — de véritables commissaires de surveillance et, dès lors, leur donner les moyens d'exercer leur mandat.

On s'est arrêté à un système bâtard, et pour ne s'en être pas tenu à une formule nette, on a permis à la pratique de réduire à zéro le rôle des commissaires, d'en faire un organe de contrôle tellement insignifiant qu'il en est, en fait, négligeable et d'ailleurs négligé.

Cela n'empêche pas les commissaires d'être en posture assez fausse, notamment, verrons-nous, en ce qui concerne leur responsabilité. Et dans leur propre intérêt, les commissaires de surveillance feraient bien de n'accepter leurs fonctions que dans les sociétés où les statuts leur donnent les moyens de les exercer.

CHAPITRE IV

Responsabilité des commissaires.

La loi du 24 juillet 1867 fait allusion à la responsabilité des commissaires dans son article 43 ainsi conçu : « L'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat. » Mais à cette responsabilité dérivant de la faute contractuelle, on doit, en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, ajouter la responsabilité dérivant de la faute délictuelle, si bien qu'une étude complète de la responsabilité des commissaires doit comprendre l'une et l'autre, et non pas se limiter, comme le fait la loi de 1867, à la responsabilité dérivant du mandat.

I. — RESPONSABILITÉ DES COMMISSAIRES.

Elle est, dit l'article 43, déterminée d'après les règles générales du mandat. Qu'est-ce à dire ? L'article 1992 du Code civil nous fixe à ce sujet. Il déclare, en effet, le mandataire responsable, non seulement du dol, mais encore des fautes lourdes qu'il commet dans l'exécution de son mandat. Le dol s'étend depuis les simples affirmations mensongères jusqu'aux machinations frauduleuses consistant dans l'emploi de faux témoins ou de fausses pièces. « Ainsi, il ne faudrait pas croire que le simple fait de mentir soit insuffisant pour constituer un dol ; tout dépend des circonstances, tout dépend aussi de la nature du mensonge et surtout des habitudes de la vie courante et normale. » (Colin et Capitant, t. I, p. 284.)

Ainsi, il n'est pas douteux que le fait pour les commissaires d'affirmer exact un bilan qu'ils savent faux serait un dol de leur part. Mais étant donnée la difficulté de faire la preuve de la mauvaise foi, les poursuites ou les condamnations pour dol seront extrêmement rares.

Les commissaires responsables de leur dol le sont aussi de leur faute lourde. Par là il faut entendre une faute tellement grossière qu'elle en est inexcusable, malgré la bonne foi de celui qui l'a commise. Cette assimilation du dol à la faute lourde est très ancienne. Les caractères de la faute lourde sont nécessairement très vagues. C'est au juge qu'il appartient de dire quand elle existe (V. Civ., 2 avril 1888, D., 88. 1. 493). Ainsi, il a été jugé que les commissaires se sont rendus coupables de faute lourde :

Lorsqu'il est reconnu que s'ils avaient porté une sérieuse attention sur les valeurs du portefeuille ainsi que sur des créances et des noms qui se perpétuaient dans les inventaires, ils auraient, à divers signes et sans de grands efforts, découvert des créances mauvaises, litigieuses et d'un recouvrement douteux (Angers, 10 mars 1873, D., 26. 2. 14) ;

Lorsque, en présence d'inventaires où les mêmes créances figuraient pendant plusieurs années successives, ils n'ont pas cessé de manifester leur satisfaction dans des rapports suivis de distributions de forts dividendes (Angers, précité) ;

Lorsqu'ils laissent porter dans les inventaires comme bonnes valeurs de mauvaises créances, et cela même si une surveillance plus active n'eût pas préservé la société de toutes pertes ; mieux éclairés sur la situation de la société, ils auraient pu la faire connaître aux actionnaires et les mettre en mesure de prendre les moyens propres à sauvegarder en partie leurs intérêts (Orléans, 30 juill. 1881, D., 82. 2. 121) ;

Lorsqu'ils se contentent de vérifications sur des pièces fournies par le comptable, sans examiner les livres eux-mêmes (Lyon, 28 janv. 1890, D., 92. 2. 33) ;

Lorsqu'ils approuvent aveuglément les comptes sans les

contrôler sérieusement et laissent ainsi distribuer des dividendes fictifs (Req., 28 mai 1889, D., 90. 1. 414);

Lorsqu'ils ont émis des affirmations inexactes sur la direction donnée aux affaires sociales (Cass., 17 juill. 1876, S., 76. 1. 407; Seine, 14 déc. 1883, R. S., 1883, p. 176);

Lorsqu'ils ne protestent pas contre les décisions du conseil d'administration prises en violation des statuts (Trib. Seine, 30 sept. 1889, R. S., 1889, p. 596);

Lorsqu'ils ont approuvé et couvert de leur complaisance des budgets mensongers, des bilans fantaisistes ou « truqués » contenant des dissimulations, masquant des virements et prélèvements coupables et servant de base à des distributions de dividendes fictifs (Cass., 21 juill. 1898, S., 99. 1. 85; Paris, 9 août 1904, J. S., 1905, p. 200; Rennes, 27 nov. 1913, J. S., 1914, p. 361);

Lorsqu'ils n'ont pas vérifié si les emplois de fonds prescrits par les statuts ou par l'Assemblée générale ont été régulièrement effectués (Seine, 4 juill. 1890, R. S., 1890, p. 431) ou lorsque, connaissant la situation, et sous l'empire d'une confiance aveugle, ils ont laissé le conseil s'engager dans des opérations antistatutaires et ont abdiqué leur droit de contrôle (Seine, 15 janv. 1894, R. S., 1894, p. 145);

Et généralement lorsqu'ils n'ont pas examiné et vérifié les livres de la société, sa comptabilité, son portefeuille; en résumé, s'ils se sont abstenus de tout contrôle sérieux et de toute surveillance effective (Cass., 8 mai 1876, S., 76. 1. 409; Bruxelles, 28 juill. 1882, J. S., 1890, p. 113; Paris, 27 déc. 1883, R. S., 1884, p. 553; Cass., 28 avril 1888, J. S., 1889, p. 312; Paris, 10 mars 1892, J. S., 1892, p. 289; Paris, 18 juill. 1895, J. S., 1895, p. 455; Amiens, 7 avril 1911, J. S., 1915, p. 263; Lyon, 24 juin 1911, J. S., 1915, p. 274). Plusieurs de ces arrêts sont relatifs aux conseils de surveillance dans les sociétés en commandite par actions, mais la similitude des fonctions des commissaires dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite ordonne

d'étendre ces décisions aux commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes.

Cette responsabilité des commissaires reçoit plusieurs tempéraments.

Tout d'abord, au deuxième alinéa de l'article 1992 du Code civil, il faut tenir compte, pour déterminer la gravité de cette responsabilité, du caractère gratuit ou onéreux du mandat qui lie les commissaires à la société. De nombreux arrêts ont déclaré le mandataire gratuit moins gravement responsable que le mandataire rémunéré (V. entre autres, Orléans, 30 juill. 1881, D., 82. 2. 121, S., 83. 2. 29; Orléans, 9 août 1883, D., 84. 2. 137; Orléans, 27 fév. 1904, D., 1905. 2. 337).

En outre, il faut prendre en considération les circonstances de fait que le juge a d'ailleurs le pouvoir souverain d'apprécier (V. Civ., 2 avril 1888, D., 88. 1. 493).

Ainsi, il a été jugé :

Qu'il faut tenir compte de l'habileté mise par la direction à induire les commissaires en erreur (V. Civ., 29 mai 1869, D., 69. 1. 40), de la parfaite bonne foi et du désintéressement de ceux-ci, ainsi que des pertes qu'ils ont subies en qualité d'actionnaires (Lyon, 11 juill. 1873, D., 74. 2. 209; Angers, 10 mars 1875, D., 76. 2. 14, S., 76. 2. 409), du fait qu'une surveillance plus complète et mieux entendue n'aurait pas exonéré la société des pertes résultant d'une mauvaise gestion (Orléans, 30 juill. 1881, D., 82. 2. 121, S., 83. 2. 21);

Qu'il faut exonérer de responsabilité les commissaires qui n'auraient pu découvrir, au cours de leur mission, certains actes frauduleux lorsqu'ils n'auraient pu s'apercevoir de ces faits qu'en recourant à un mode de vérification qui sortait des usages ordinaires (Lyon, 18 août 1889, R. S., 1889, p. 166; Seine, 4 juill. 1890, *Ibid.*, 1890, p. 431);

Qu'il faut avoir égard au fait que la loi n'a exigé des commissaires aucune connaissance spéciale et que, par conséquent, la responsabilité est amoindrie lorsqu'aucun des membres du

conseil de surveillance n'avait ni le temps, ni les aptitudes, ni les connaissances voulues pour remplir convenablement les fonctions qui leur étaient dévolues (V. Trib. comm. Ver vins, 3 fév. 1891, D., 92. 2. 345). Peut-être cet arrêt est-il plus dangereux que juste, car ne convient-il pas, par une responsabilité rigoureuse, d'éloigner des fonctions de commissaires ceux qui sont incapables de les remplir ?

Enfin, la question se pose de savoir s'il faut rendre les commissaires responsables de fautes qu'il leur est souvent difficile de ne pas commettre étant donnée l'insuffisance de leurs pouvoirs. Voici comment le problème a été posé dans une note sous Civ., 4 juin 1883, S., 84. 1. 113. « La principale et presque unique fonction des commissaires consiste à préparer, dans un espace de temps déterminé, un rapport à l'Assemblée générale annuelle pour la confection duquel la loi met à leur disposition les éléments nécessaires. Ils possèdent, en outre, un droit de surveillance générale, mais la loi ne leur fournit pas les moyens de remplir cette mission avec soin et de façon à assurer la sécurité aux intérêts sociaux.

» Cette situation mal définie peut faire naître des difficultés au sujet de la détermination de la responsabilité des commissaires de surveillance. La loi du 24 juillet 1867 s'est assimilé, sans distinctions, les dispositions de la loi du 23 mai 1863 sur l'étendue et les effets de leur responsabilité. Leur situation n'est pourtant plus la même, puisqu'ils n'ont plus les mêmes droits et que le législateur a intentionnellement réduit leur rôle par respect pour la liberté de la direction. Qu'ils conservent la responsabilité du rapport qu'ils sont tenus de faire à l'Assemblée des actionnaires puisque la loi leur donne la possibilité d'en réunir les éléments, rien n'est plus juste ! Qu'on puisse leur imputer les conséquences des fautes dommageables pour la société ou pour les tiers, qu'ils viendront à commettre, suivant les circonstances pendant la période qui précède le trimestre d'activité, cela doit être en vertu du droit commun. Mais dans quel cas y aura-t-il faute de leur

part, puisqu'ils sont privés de tous moyens d'investigation personnelle, et quelle sévérité conviendra-t-il de leur témoigner? Dira-t-on, par exemple, pour rentrer dans notre espèce, que le commissaire est coupable pour n'avoir pas révélé avant le trimestre qui précède l'Assemblée générale que le capital social n'était pas intégralement souscrit, alors qu'il ne pouvait pas exiger la communication des livres? Oui, semble-t-il, d'après notre arrêt.

» Quoi qu'il en soit, il serait utile, pour les intérêts de plus en plus nombreux qui se groupent autour des sociétés anonymes, comme pour la science, que cette question reçût une solution. »

Tout en nous associant à la plupart des remarques ci-dessus, remarquons toutefois que la façon dont le problème est posé par l'auteur de la note que nous venons de citer n'est pas tout à fait exacte.

Pourquoi différencier le rapport du droit de surveillance générale? Le rapport à nos yeux doit contenir à la fois des renseignements sur les comptes présentés par les administrateurs et sur la marche sociale; or, comment les commissaires pourront-ils porter des appréciations sur la conduite des affaires de la société s'ils n'exercent pas ce droit de surveillance à eux conféré par la loi?

Il semble que l'on confonde le rapport avec l'examen de la comptabilité sociale.

D'autre part, nous avons vu que, contrairement à l'affirmation relevée en tête de la note précitée, les commissaires n'ont pas des pouvoirs suffisants pour se rendre compte de l'exactitude des documents comptables présentés à l'Assemblée par les administrateurs. Comment dire qu'un bilan est juste quand on ne peut vérifier aucun inventaire? Dès lors, est-il possible de rendre les commissaires responsables de la distribution de dividendes fictifs? Et comment juger une loi dont les dispositions contradictoires font encourir aux commissaires consciencieux une responsabilité injuste en même temps qu'elles permettent aux malhonnêtes et aux négligents

d'arguer de l'imprécision de la loi pour échapper aux conséquences de leur faute ?

Obligés d'accomplir leur mandat, les commissaires ne sauraient être tenus au delà de leur mandat spécial tel qu'il est déterminé par la loi de 1867 (V. Civ., 4 juin 1883, D., 83. 1. 385). En conséquence, il a été déclaré que ne sont pas en faute :

Les commissaires qui ont donné leur démission avant l'ouverture de la période de trois mois pendant laquelle la loi de 1867 les autorise à prendre communication des livres et à examiner les opérations de la société (Orléans, 20 mars 1884, D., 86. 2. 55, et aussi Paris, 20 mai 1879, D., 80. 2. 42) ;

Les commissaires poursuivis pour opérations hasardeuses de la direction, alors qu'ils n'auraient pu intervenir efficacement qu'en dépassant leurs attributions et en faisant acte de gérance (Angers, 11 janv. 1887, D., 87. 2. 19).

De même, à la différence des membres du conseil de surveillance des sociétés en commandite par actions, les commissaires de surveillance des sociétés anonymes ne sont pas chargés de vérifier l'accomplissement des conditions constitutives présentées par la loi. Aussi ne sauraient-ils être déclarés responsables, en vertu de l'article 42, de la nullité des vices de constitution de la société (Cass., 4 juin 1883, S., 84. 1. 113, D., 83. 1. 385 ; Orléans, 15 fév. 1888, *J. S.*, 89, p. 293).

Mais leur responsabilité peut se trouver engagée à ce sujet en vertu des principes généraux du mandat ou par application de l'article 1382. C'est ainsi qu'un commissaire de surveillance pourrait être déclaré responsable de la nullité de la société comme complice des fondateurs s'il avait participé à la constitution irrégulière de la société en affirmant avoir versé le quart des actions par lui souscrites, alors qu'il savait n'en être pas propriétaire et que, d'ailleurs, le versement annoncé n'avait pas été effectué (Paris, 27 déc. 1883, D., 85. 2. 222).

Il a même été jugé que les commissaires de surveillance

ayant pour obligation d'éclairer les actionnaires sur la situation de la société sont tenus, en vertu du droit commun et sous leur responsabilité, de contrôler les déclarations des fondateurs et de se préoccuper de la régularité de la constitution de la société comme de la manière dont elle est administrée (Paris, 14 nov. 1880, *S.*, 82. 2. 17, *D.*, 83. 1. 385).

Pour en finir avec la responsabilité contractuelle des commissaires de surveillance, ajoutons que n'est pas responsable le commissaire éloigné par suite de maladie (Paris, 9 août 1904, *J. S.*, 1905, p. 200).

II. — RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DES COMMISSAIRES.

Elle prend sa source dans les articles 1382 et 1383 du Code civil. A cette responsabilité la loi de 1867 n'a pas fait allusion, mais elle n'en existe pas moins. De ce fait, les commissaires peuvent être civilement responsables à l'égard des actionnaires qu'ils ont personnellement lésés et à l'égard des tiers.

A l'égard des actionnaires lorsque, par exemple, ceux-ci se sont rendus acquéreurs d'actions sur la foi de rapports mensongèrement laudatifs des commissaires (V. Paris, 28 juin 1894, *D.*, 95. 2. 525; Seine, 28 nov. 1884, *R. S.*, 1885, p. 178; Paris, 18 juill. 1895, *J. S.*, 1895, p. 455; Douai, 30 mars 1905, *J. S.*, 1905, p. 500; Nancy, 3 août 1907, *J. S.*, 1908, p. 396).

A l'égard des tiers, bien que cette responsabilité n'ait pas été comme pour les administrateurs expressément indiquée dans la loi de 1867. En effet, les commissaires n'ont pas été désignés seulement dans l'intérêt des actionnaires, mais aussi dans celui des tiers qui ont intérêt à traiter avec une société bien administrée et consciencieusement surveillée. Aussi l'accord est-il général pour affirmer cette responsabilité (V. Lyon-Caen et Renault, n° 841; Houpin, n° 903. — Angers, 10 mars 1875, *D.*, 76. 2. 14; Dijon, 7 mai 1874, *D.*, 77. 1. 17; Angers, 19 mai 1891, *D.*, 92. 2. 81).

Encore faut-il que le préjudice subi par les créanciers soit la conséquence directe des faits de négligence ou des fautes des commissaires (Besançon, 28 mai 1890, D., 94. 1. 173).

Ainsi, les créanciers de la société ne peuvent valablement agir en responsabilité contre les commissaires de surveillance sous prétexte que ces derniers ne se sont pas réunis aux dates fixées par les statuts, que les inventaires n'ont pas toujours été faits aux époques régulières et que la forme dans laquelle ils étaient présentés laissait à désirer, alors qu'il a été établi que l'Assemblée générale a toujours été mise à même de vérifier la situation, qu'il n'y a eu aucune dissimulation et que les délibérations ont été prises en pleine connaissance de cause (Besançon, 28 mai 1890, précité).

Par contre, il a été jugé (Douai, 9 juin 1896, D., 98. 2. 206) que la relation de cause à effet est suffisamment établie entre les rapports mensongers des commissaires et la souscription, par les obligataires, des obligations émises par la société. En conséquence, les commissaires ont été déclarés responsables envers lesdits obligataires.

Nous retrouvons ici les mêmes atténuations que pour la responsabilité contractuelle des commissaires.

Il a été jugé que la responsabilité délictuelle des commissaires doit être atténuée :

Au cas où les commissaires assurent gratuitement leurs fonctions (Angers, 10 mars 1875, D., 76. 2. 14; Orléans, 30 juill. 1881, D., 82. 2. 121);

Au cas où ils ont été de bonne foi, probes et absolument désintéressés (Lyon, 11 juill. 1873, D., 74. 2. 209);

Au cas où l'accomplissement régulier de leurs fonctions n'eût pas exonéré la société des pertes résultant d'une mauvaise gestion (Orléans, 30 juill. 1881, D., 82. 2. 121);

Au cas où les commissaires n'avaient ni la capacité, ni les moyens voulus pour se rendre compte de la vraie situation sociale (Dijon, 7 mai 1874, D., 77. 2. 17);

Au cas où ils ont été trompés par les artifices de la direction (Trib. comm. Vervins, 3 fév. 1891, D., 92. 2. 545).

Il faut aussi — conformément aux principes généraux du droit — apporter un tempérament à la responsabilité délictuelle des commissaires s'il y a faute commune, c'est-à-dire si les actionnaires ou les tiers ont eux aussi commis une faute en témoignant aux administrateurs une confiance exagérée et imprudente (V. Angers, 13 janv. 1869, D., 69. 2. 90) ou en ne se renseignant pas suffisamment sur la société (V. Douai, 9 juin 1896, D., 98. 2. 206).

Pour ce qui a trait à la responsabilité délictuelle des commissaires à l'égard des administrateurs, il a été jugé que les critiques formulées par les commissaires dans leur rapport, ces critiques fussent-elles assez vives et en partie inexactes, ne constituent pas le délit de diffamation s'ils n'ont pas agi dans une intention malveillante, mais avec le désir de remplir minutieusement leur mandat (J. S., 1901, p. 334; Bruxelles, 19 mars 1900).

Les commissaires de surveillance pourraient-ils voir leur responsabilité limitée par des clauses expresses des statuts ? Il ne le semble pas et l'on peut étayer cette croyance par une décision jurisprudentielle qui, si elle ne répond pas absolument à la question, donne des arguments en faveur de la négative. Il a été jugé, en effet, que pour échapper à toute condamnation au regard des créanciers sociaux, les membres du conseil de surveillance d'une société constituée avant 1856 ne sauraient être fondés à exciper d'une clause des statuts portant qu'ils n'encourront aucune responsabilité à raison de leurs fonctions. En effet, les lois de 1856 et de 1867 étant d'ordre public, les membres du conseil de surveillance ne sauraient invoquer même contre les actionnaires le principe de la non-rétroactivité des lois pour s'affranchir, en vertu de la clause sus-indiquée, de la responsabilité de leurs fautes comme mandataires de la société (Orléans, 27 fév. 1904, D., 1905. 2. 337 et la note de M. Levillain).

Pour en terminer avec l'étendue de la responsabilité des commissaires de surveillance, il convient de signaler la dis-

cussion qui s'est élevée sur le point de savoir si la responsabilité des commissaires vis-à-vis des actionnaires peut être tantôt délictuelle, tantôt contractuelle. La négative a été soutenue. On a affirmé que la responsabilité des commissaires à l'égard des actionnaires est uniquement contractuelle, car l'existence de la responsabilité contractuelle exclut la possibilité d'une responsabilité délictuelle ; d'ailleurs, affirme-t-on, les auteurs qui ont prévu le concours possible des deux responsabilités se sont nettement prononcés et ont affirmé que le contrat excluait l'application de l'article 1382 (Aubry et Rau, 5^e édit., t. IV, § 308, p. 162 et 163, notes 25 et 26 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n^{os} 355 et suiv. et t. IV, n^o 2865). On trouve en ce sens quelques arrêts de jurisprudence (V. Trib. comm. Amiens, *Journal des tribunaux de commerce*, 1912, p. 712). Cette théorie a été exposée longuement par M. Perroud (note sous Lyon, 14 fév. 1913, S., 13. 2. 209).

Néanmoins, la plus grande partie des auteurs admettent que les commissaires peuvent encourir une responsabilité délictuelle à l'encontre des actionnaires et qu'ils peuvent être tenus tant par l'article 1382 que par le mandat qui les lie à l'Assemblée générale (V. Boistel sous Lyon, 28 janv. 1890, D., 92. 2. 33 ; Pic sous Paris, 31 mai 1892, D., 93. 2. 249 ; Levillain dans D., 1904. 2. 121). Plusieurs arrêts ont admis cette double responsabilité des commissaires à l'égard des actionnaires (V. entre autres, Lyon, 14 fév. 1913, S., 13. 2. 209, critiqué en note par M. Perroud).

Effets de la responsabilité des commissaires. — La responsabilité des commissaires de surveillance les rend passibles de dommages-intérêts. Ceux-ci sont fixés par le juge qui jouit à cet effet d'un pouvoir souverain d'appréciation. Néanmoins, il faut admettre, en ce qui concerne la responsabilité contractuelle des commissaires, que la liberté du juge est doublement limitée par les articles 1150 et 1151 du Code civil.

Aux termes de l'article 1150, « le débiteur n'est tenu que

des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée », et l'article 1151 déclare que « dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages-intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de l'obligation ». Nous avons vu deux applications de l'article 1151 dans les arrêts de Besançon, 28 mai 1890, et de Douai, 9 juin 1896, précités. De même, bien qu'il soit beaucoup moins explicite, l'arrêt précité du Tribunal de commerce d'Amiens (*Journal des tribunaux de commerce*, 1912, p. 712).

En outre, les dommages-intérêts mis à la charge des commissaires, par application des règles du droit commun, ne sont pas nécessairement égaux à la perte éprouvée par les créanciers ou les actionnaires de la société : le tribunal a le droit de déterminer suivant les circonstances l'étendue du préjudice qui leur est imputable (Metz, 14 août 1867, deux arrêts, D., 67. 2. 178 et 188; Lyon, 24 juin 1871, D., 71. 2. 189).

Ainsi, les commissaires qui ont manqué à leur devoir peuvent n'être responsables que pour partie du dommage qui en est résulté pour les tiers, si ces derniers ont, de leur côté, manqué de prudence, et peuvent, dans une certaine mesure, s'imputer le préjudice qu'ils ont éprouvé (V. Angers, 11 janv. 1867, D., 67. 2. 19; Douai, 9 juin 1896, D., 98. 2. 206).

S'il y a plusieurs commissaires de surveillance, leur responsabilité est, en principe, individuelle (Angers, 19 mai 1891, D., 92. 2. 81, et aussi Civ., 12 fév. 1879, D., 79. 1. 281), ceci conformément à l'article 1202 du Code civil, aux termes duquel « la solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée. Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit en vertu d'une disposi-

tion de la loi ». La loi n'ayant rien stipulé à ce sujet, la règle doit recevoir ici son application, à moins de disposition contraire dans les statuts ou dans les termes du contrat de mandat conclu entre les commissaires et l'Assemblée des actionnaires.

Néanmoins, une jurisprudence très ancienne décide — en dépit de l'article 1902 — que les personnes qui ont, par leur faute commune, causé un dommage à autrui, sont solidairement responsables, à l'égard de la victime, de la réparation de ce préjudice. C'est un exemple curieux du maintien d'une règle coutumière dans notre législation, cette jurisprudence ne reposant sur aucun texte positif. La base juridique à donner à cette solidarité a varié et les tribunaux, la Cour de cassation elle-même, l'ont fondée sur des considérations différentes. Certains arrêts ont invoqué un argument d'analogie tiré de l'article 55 du Code pénal qui déclare tenus solidairement les individus condamnés pour un même crime ou un même délit (En ce sens, Req., 15 janv. 1878, D., 78. 1. 152, S., 78. 1. 293).

Aujourd'hui, les tribunaux fondent plutôt leurs décisions sur l'impossibilité de déterminer en fait la part de responsabilité qui incombe à chacun des auteurs d'une même faute (Civ., 11 juill. 1892, deux arrêts, D., 94. 1. 513 et 561, S., 92. 1. 505 et 508; Req., 26 nov. 1907, D., 1908. 1. 139, S., 1908. 1. 183). Parfois aussi, ils font appel à la notion de l'indivisibilité de la faute qui n'est qu'une variante de la précédente (Civ., 15 juill. 1895, D., 96. 1. 131, S., 95. 1. 349; 11 janv. 1905, D., 1906. 1. 57, S., 1906. 1. 72).

En particulier, pour ce qui concerne les commissaires de surveillance, il a été jugé entre autres :

Que la faute commune peut, à raison de son indivisibilité, rendre chacun de ceux qui l'ont commise responsable de la totalité du préjudice causé (Civ., 12 fév. 1879, D., 79. 1. 281);

Que les commissaires peuvent être déclarés solidairement

responsables envers les actionnaires à raison des fautes qu'ils ont commises collectivement sans qu'il soit possible de déterminer la part de chacun d'eux (Req, 17 juill. 1876, D., 77. 1. 135);

Que si les fautes des commissaires sont collectives et indivisibles, la condamnation doit être solidaire (Bordeaux, 24 mai 1886, D., 87. 2. 115).

De ces décisions, il résulte qu'il ne saurait y avoir solidarité, s'il est possible, en fait, de diviser et de proportionner la responsabilité entre chacun des commissaires.

Ainsi, il a été jugé que :

La part de responsabilité de chacun des commissaires doit être déterminée selon la nature et la durée de ses fonctions et selon ses aptitudes personnelles qui lui permettent de rendre son contrôle plus efficace (Orléans, 30 juill. 1881, D., 82. 2. 121, et Dijon, 7 mai 1874, D., 77. 1. 17);

Les fautes des commissaires ne comportent pas toujours à l'égard de chacun d'eux une responsabilité indivisible. Quelques-unes peuvent être imputées seulement à ceux qui étaient chargés de certaines vérifications (Lyon, 28 janv. 1890, D., 92. 2. 33).

Chacun des commissaires est responsable de ses fautes personnelles sans solidarité entre eux, lorsque, d'ailleurs, il n'y a aucune indivisibilité dans les faits qu'on leur impute (Angers, 9 mai 1891, D., 91. 2. 81);

Lorsque tous les membres de divers collèges de commissaires qui se sont succédé ont également participé à la faute commise, qu'aucun d'eux ne se différencie de ses collègues par des aptitudes spéciales ou par une mauvaise foi établie, tous doivent supporter également la réparation, sauf à appliquer à chacun d'eux autant de parts de responsabilité qu'il y a eu de collègues de commissaires dont il a fait partie; mais il ne saurait y avoir entre eux, dans ces circonstances, aucune solidarité (Douai, 9 juin 1896, D., 98. 2. 206);

La responsabilité des commissaires n'est pas engagée seule-

ment envers les créanciers contemporains de leur administration, tous sont responsables du déficit total, mais à des degrés différents (Orléans, 27 fév. 1904, D., 1905, 337).

Ajoutons que le quitus donné aux administrateurs couvre aussi les commissaires, à moins que ce quitus n'ait été surpris par erreur ou par dol (Paris, 10 juin 1883, R. S., 1883, p. 538, D., 85. 2. 18).

On a cependant soutenu que le vote qui affranchit les administrateurs de toute responsabilité ne saurait, en vertu d'un argument *a fortiori*, être invoqué par les membres du conseil de surveillance, alors que leur responsabilité personnelle n'a été soumise ni à l'examen, ni à la décision de cette Assemblée. Ce vote pourrait seulement entrer en ligne de compte dans l'appréciation que doit faire le tribunal de l'étendue de la réparation due par les commissaires (V. note de M. Boistel, sous Lyon, 28 janv. 1890, D., 92. 2. 33).

Les commissaires de surveillance peuvent-ils par leurs fautes être rendus pénalement responsables ? Non, en principe, sauf si, en s'abstenant de signaler les abus des administrateurs, ils avaient obéi à une pensée criminelle (Civ., 28 avril 1888, J. S., 1889, p. 312, R. S., 1888, p. 583). Cet arrêt a déclaré que les commissaires peuvent être poursuivis pénalement, notamment à raison de la distribution de dividendes fictifs, si du moins leur mauvaise foi est établie.

Action en responsabilité contre les commissaires. — Elle peut être soit une action sociale, soit une action individuelle.

Il importe de distinguer avec soin l'action individuelle de l'action sociale, car la jurisprudence les soumet à un régime tout différent. Aussi est-il intéressant de déterminer le critère grâce auquel on peut les distinguer. Malheureusement, on est loin d'être d'accord sur ce critère et la jurisprudence est, sur ce point, extrêmement confuse. On trouve des décisions qualifiant d'individuelle l'action en réparation du préjudice causé à un ou plusieurs des associés et déclarant sociale

l'action en réparation d'un préjudice causé à l'universalité des associés (V. Orléans, 20 mars 1884, D., 86. 2. 85).

On reproche à cette théorie de n'être pas absolument exacte, car si l'action individuelle présente d'ordinaire le caractère indiqué, ce caractère n'est pas de son essence; il est des cas où, bien que tous les actionnaires soient lésés, il y a néanmoins préjudice individuel et droit pour chaque actionnaire à indemnité, ainsi lorsque la société est annulée pour vice de constitution.

Dans ce cas, en effet, bien que la nullité occasionne à tous les actionnaires un préjudice de même nature, l'action en dommages-intérêts contre les fondateurs et les premiers administrateurs auxquels la nullité est imputable ne saurait présenter qu'un caractère individuel, car l'action sociale présuppose l'existence de la société, non seulement en fait, mais en droit, et ici la société n'existe pas légalement comme telle (Lyon, 9 fév. 1883, D., 83. 2. 113; Req., 18 mai 1885, D., 88. 1. 59).

En cas de violation de la loi et des statuts, il est encore permis de se demander si les actionnaires, quoique ressentant tous un dommage au même titre, n'ont pas, indépendamment de l'action sociale appartenant à la société elle-même, un droit de poursuite contre les gérants.

Une autre doctrine soutient que l'action sociale prend sa source dans un préjudice causé à l'universalité des associés, en tant que groupe ou collectivité, et en proportion de leur quote-part, tandis que l'action individuelle correspond à un dommage qu'ils éprouvent non plus dans leur ensemble, mais distinctement, séparément les uns des autres, chacun dans une mesure qui ne correspond plus à sa part d'intérêt (Griolet, sous Paris, 25 mai 1869, D., 69. 2. 148; Thaller, sous Paris, 6 mai 1885, D., 86. 2. 25, et sous Lyon, 12 mars 1885, D., 86. 2. 136). A cette théorie, on objecte que — dans certains cas — un préjudice commun à tous les membres de la société, pris dans leur universalité, pourrait aussi, dans

certaines circonstances, violer des droits individuels. Par exemple, n'en est-il pas ainsi au cas de violation des statuts ou de la loi ? En faveur de l'affirmative, V. par exemple, Labbé, note dans S., 1885. 1. 197 ; Boistel, note dans D., 1892. 2. 33.

Une troisième doctrine cherche le critère dans la cause génératrice de la responsabilité qu'elle est destinée à mettre en jeu. S'il s'agit de la responsabilité contractuelle, l'action intentée est l'action *mandati directa*, c'est l'action sociale. S'il s'agit de la responsabilité délictuelle, l'action intentée est l'action *ex delicto*, c'est l'action individuelle (En ce sens, notes de M. Pic, sous Paris, 31 mai 1892, D., 93. 2. 249, et de M. Levillain, sous Paris, 20 mars 1901, D., 1904. 2. 121).

Dans certains cas exceptionnels (violation de la loi et des statuts par exemple), une double responsabilité pourrait être encourue par les mandataires sociaux : la responsabilité délictuelle, grâce à laquelle une action en réparation pourrait être intentée par chaque actionnaire contre lesdits mandataires, et la responsabilité contractuelle qui donnerait lieu à l'exercice de l'action sociale.

On a soutenu que ces cas complexes donnant matière à la double responsabilité contractuelle et délictuelle sont assez nombreux et d'aucuns ont proposé un critère permettant de les distinguer.

D'après M. Boistel, commentant les conclusions de M. l'avocat général Rau (V. Civ., 19 mars 1894, D., 94. 1. 465), il y a cumul des deux ordres de responsabilité, lorsque les mandataires sociaux ont violé une de ces obligations morales de droit commun qui persistent à travers les obligations contractuelles des parties lorsqu'elles dérivent de la morale universelle. Ces obligations sont d'ordre public et, de ce fait, au-dessus des atteintes de la volonté des parties contractantes. Chaque fois qu'une des obligations de cette sorte sera violée, la violation donnera lieu à une double responsabilité délictuelle et contractuelle.

La chambre civile, dans l'arrêt du 19 mars 1894, précité, ayant statué conformément aux conclusions de M. l'avocat général Rau, il faut en déduire — bien qu'elle ne se soit pas formellement expliquée sur ce point — qu'elle a consacré ce système.

Action individuelle. — Elle appartient en propre et sans restriction à la personne lésée; l'Assemblée générale ne saurait y porter atteinte; toute transaction intervenue entre elle et les commissaires coupables, toute décharge donnée par elle à ses mandataires sont pour ceux qui possèdent l'action individuelle *res inter alios actæ* (V. Req., 7 mai 1872, D., 72. 1. 233; Paris, 30 juin 1883, D., 85. 1. 413).

De plus, elle n'est pas subordonnée à la détention actuelle du titre par l'actionnaire poursuivant. Elle est donc recevable, même de la part d'un ancien actionnaire, pourvu que celui-ci soit en mesure de justifier que la revente des titres lui a été préjudiciable et qu'après les avoir achetés dans les hauts cours par suite des rapports mensongers des commissaires, il les a revendus à vil prix (V. Paris, 31 mai 1890, D., 93. 2. 249). Ce droit d'agir, personnel à la personne lésée, ne passe pas au cessionnaire, lequel ayant acquis par hypothèse dans les bas cours n'est victime d'aucune manœuvre et ne saurait se plaindre, dès lors, de la dépréciation ultérieure du titre (Paris, 31 mai 1892, précité).

Enfin, aucune clause statutaire ne pourrait valablement mettre des entraves au droit, pour ceux qui ont été lésés, de poursuivre les commissaires coupables. Ce faisant, la société disposerait, en effet, de ce qui ne lui appartient pas.

Le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur (V. Cass., 17 juin 1867, S., 67. 1. 288, D., 67. 1. 304; Cass., 4 déc. 1871, S., 71. 1. 195; Cass., 26 mars 1873, S., 73. 1. 387; Lyon, 14 fév. 1913, S., 13. 2. 209, note de M. Perroud). Néanmoins, si les poursuites émanent d'actionnaires, les statuts pourraient attribuer compétence au tribunal du

siège social. On a critiqué les décisions déclarant compétent le tribunal du domicile du défendeur lorsque la poursuite émane d'un actionnaire (V. note Perroud, précitée). Étant données les dispositions très larges de l'article 59 du Code de procédure civile, aux termes duquel le tribunal du siège social est compétent « en matière de sociétés », on estime que c'est le tribunal du siège social qui devrait être saisi.

Devra-t-on porter le litige devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce? Si l'action est exercée par les actionnaires, on doit, aux termes de l'article 631 du Code de commerce, alinéa 2, saisir les tribunaux consulaires. Si elle émane d'un tiers, la question est discutée. Généralement, on déclare compétents les tribunaux de commerce au cas où le demandeur est commerçant; les délits ou quasi-délits des commissaires se rattachent, en effet, à un acte de commerce et, en vertu de la théorie de l'accessoire, c'est le tribunal de commerce qui doit être saisi de l'affaire. Toutefois, si les commissaires sont poursuivis par des tiers non commerçants, il faut reconnaître à ces derniers le choix entre la juridiction civile et la juridiction commerciale, pareille option étant laissée par la jurisprudence au demandeur qui assigne un commerçant à propos d'une opération qui a pour le demandeur un caractère civil (V. Paris, 26 janv. 1874, S., 76. 2. 37; Cass., 11 nov. 1873, S., 74. 1. 97). Cette solution n'est pas admise par l'unanimité de la doctrine. Des auteurs (V. en particulier, Lyon-Caen et Renault, n° 834) déclarent que c'est le tribunal civil qui est compétent dans les poursuites des tiers contre les mandataires sociaux. Il ne s'agit pas, en effet, de l'exécution d'un contrat commercial, mais de délits ou de quasi-délits. Et l'on ne saurait, au dire de ces auteurs, appliquer ici la théorie de l'accessoire, car les mandataires sociaux ne sont pas commerçants et l'on ne peut reconnaître le caractère commercial aux obligations résultant de leurs faits illicites comme on le reconnaît à celles qui résultent des faits illicites commis par un commerçant dans l'exercice de sa profession.

Toute la question porte sur la nature du mandat des commissaires. Ce mandat est-il commercial, c'est le tribunal de commerce qui est compétent en vertu de la théorie de l'accèssoire; est-il civil, c'est le tribunal civil qui doit être saisi. Pour MM. Lyon-Caen et Renault (n° 834), le mandat est civil, mais la jurisprudence est en sens contraire et rien à ce sujet n'est plus explicite que les attendus de la Cour de cassation dans son arrêt du 23 juillet 1877 (S., 79. 1. 108) : « Attendu que si l'article 3 du Code d'instruction criminelle accorde à la partie lésée la faculté de porter son action civile devant les juges correctionnels qui doivent statuer sur l'action publique, l'action civile, lorsqu'elle est intentée séparément, n'en conserve pas moins son caractère et doit être portée devant la juridiction qui lui est propre, suivant sa nature civile ou commerciale.

Attendu qu'aux termes de l'article 5 de la loi du 17 juillet 1856, le conseil de surveillance établi dans chaque société en commandite par actions est composé de cinq actionnaires au moins et qu'il est nommé par l'Assemblée générale des actionnaires;

Attendu que cette nomination confère aux membres du conseil de surveillance un véritable mandat dont les attributions déterminées par la loi tant dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt des actionnaires leur confèrent, dans une certaine mesure, le contrôle des opérations de la société et des agissements du gérant;

Que ce mandat relatif aux opérations d'une société de commerce participe de leur nature et a un caractère commercial.

.....
.....
Pour ces motifs...

.....
Étant donné le silence de la loi, l'action individuelle en responsabilité se prescrit par trente ans. Ce délai est beau-

coup trop long. Ce n'est que si les commissaires sont tenus en vertu de la loi pénale que l'action en responsabilité s'éteint dans un délai plus court. Aux termes des articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle, elle s'éteint avec l'action publique dans un délai de dix ans pour les faits qualifiés crimes et de trois ans pour les faits qualifiés délits. La prescription ne court pas nécessairement du jour où s'est produite l'infraction des commissaires ; elle court simplement du jour où les actionnaires ou bien les tiers ont été lésés. Ainsi, il a été jugé que la prescription de l'action en responsabilité dirigée par des souscripteurs d'actions contre les administrateurs ou commissaires de surveillance d'une société anonyme, pour avoir obtenu des souscriptions à l'aide de moyens frauduleux, commence à courir du jour de la souscription (Bourges, 25 fév. 1891, sous Cass., 28 juin 1892, S., 94. 1. 330).

C'est, en effet, au jour de la souscription que naissent les droits et obligations du souscripteur ; c'est, dès lors, à ce moment que les actions commencent à devenir prescriptibles. Cette prescription est suspendue pendant la durée de l'instance correctionnelle intentée contre les commissaires ou les administrateurs, alors même que celle-ci a abouti à leur acquittement, par application de la règle : « Le criminel tient le civil en état. » (Bourges, précité).

Action sociale. — C'est l'action *mandati directa* appartenant à la société contre les commissaires en vertu du contrat qui les lie. Elle est exercée au nom de la société par les administrateurs ou par des fondés de pouvoir désignés à cette fin par l'Assemblée générale. C'est, en effet, l'Assemblée générale des actionnaires qui a la disposition de cette action, et c'est d'après sa décision qu'elle est ou non exercée. Mais si la société n'agit pas, des actionnaires pris *ut singuli* pourraient-ils exercer l'action sociale, chacun d'eux agissant individuellement ? La question est controversée.

Selon M. Labbé (deux notes dans S., 85. 1. 197 et 337), les actionnaires ne peuvent exercer individuellement l'action sociale en responsabilité. Les commissaires sont les mandataires de l'ensemble des actionnaires, non de chacun d'eux. Chacun ne doit donc pas pouvoir se plaindre de la violation ou de la mauvaise exécution d'un mandat qu'il n'a pas donné. Adopter le système contraire serait donner naissance à une multitude de procès.

Comme l'écrit M. l'avocat général Dupré-Lassalle, « la volonté de la majorité s'impose à la minorité; autrement, le désordre s'introduirait là où doit régner l'unité; tous les avantages sociaux disparaîtraient. Si donc la majorité domine dans toutes les affaires sociales, comment ne dominerait-elle pas dans celle qui les termine toutes, dans l'apurement et le règlement des comptes ? »

Ainsi, on doit décider que l'action en responsabilité contre les commissaires, à raison de fautes dans l'exécution de leur mandat, appartient exclusivement à la société et non concurremment à chaque actionnaire pour sa part. Reconnaître à la fois le droit de la majorité et le droit de chaque actionnaire, c'est ouvrir une source de conflits presque insolubles. Et comment, d'autre part, admettre, avec les partisans du système contraire, que le fait, par l'Assemblée générale, de disposer de l'action sociale prive les actionnaires de leur droit de l'intenter à leur tour? De deux choses, l'une : ou chacun des actionnaires a un droit propre à intenter l'action sociale, et dès lors ce droit ne saurait être diminué par ses cointéressés; ou il ne l'a pas. Antijuridique, nuisible et illogique, voilà comment on doit, aux yeux de M. Labbé, qualifier le système qui admet les actionnaires à exercer *ut singuli* l'action sociale.

Néanmoins, la théorie de M. Labbé n'est pas celle que les auteurs admettent le plus généralement. On a reproché à cette théorie (V. Thaller, note dans D., 86. 2. 25) de se laisser guider par une déduction spécieuse, l'état de subordination

qu'elle aperçoit dans les rapports de la délibération et de la citation judiciaire n'existe pas. Sans doute, la collectivité seule est recevable à opiner sur la manière dont les intérêts sociaux ont été dirigés, mais cela fait, et la délibération s'étant prononcée contre le quitus, rien n'empêche les individus de renaître pour plaider. Il faut admettre que si la société elle-même se décide à ester en justice par l'organe d'un agent désigné à cette fin, cette action *ut universi* épuiserait les droits de chacun et ne laisserait aucune place à d'autres actions parallèles *ut singuli* que certains prétendraient intenter à part. Ceux-ci pourront intervenir à l'instance introduite au compte de la masse; c'en est assez pour protéger leurs intérêts. Mais cette hypothèse mise à l'écart, et alors qu'aucun procès social n'est engagé, on ne voit pas ce qui s'oppose à la demande d'un ou de plusieurs actionnaires. La personnalité morale de l'entreprise n'est qu'une fiction qu'il ne convient pas de prendre au pied de la lettre. Qu'on sorte par la pensée du domaine des sociétés par actions, voire des sociétés de commerce; il s'agirait d'une société civile, d'une entreprise à laquelle, suivant l'opinion la plus accréditée, manquent précisément les attributs de la personne juridique au moins lorsque les termes particuliers de ses statuts ne lui constituent pas une personnalité civile. Les principes à appliquer demeurent au fond les mêmes. Qui donc plaidera en pareil cas? Ce ne peut être la société puisque l'existence, en droit, lui fait défaut. Force sera donc aux associés de comparaître en nom dans l'instance et dans les divers actes de la procédure... Ainsi, quand la demande émane des associés réunis ou groupés, l'action qu'ils conduisent ensemble, ils pourraient aussi bien l'intenter isolément. Se peut-il, maintenant, que l'interposition d'une personne morale imprime à la question un tour différent? La personnalité n'a pas été imaginée en vue de réduire les avantages invoqués par les associés ou actionnaires, mais plutôt à titre de faveur, pour donner plus d'aisance à la marche des rouages sociaux. Elle les dispense de plaider sous

leurs noms propres ; à cela près, la situation demeure telle que s'ils agissaient en personne. L'action *ut universi* n'est, à tout prendre, qu'une instance à laquelle tous concourent ; libre à eux de renoncer au groupement.

A l'appui de ce deuxième système, on ajoute encore qu'en vertu des articles 1848 et 1849 du Code civil, l'associé est obligé de traiter les affaires sociales comme les siennes propres et que, de ce fait, l'associé peut, dans une certaine mesure, prendre en main les intérêts sociaux. On dit aussi (V. note de M. Boistel sous Lyon, 28 janv. 1890, D., 92. 2. 33) qu'en vertu du pacte social les mandataires sociaux se sont engagés au bon accomplissement de leurs fonctions non pas seulement envers la société collectivement, mais encore envers chaque associé en tant que membre de la société ; que chaque associé peut donc invoquer cette obligation personnellement en agissant seul au besoin devant les tribunaux, car c'est une créance qui réside sur sa tête.

Enfin on déclare (V. Thaller, note précitée, et Valéry, note sous Cass., 3 mai 1893, D., 93. 1. 449) que les articles 13 et 39 de la loi du 24 juillet 1867 donnent aux actionnaires de la société le droit d'exercer *ut singuli* l'action sociale. En effet, la partie finale de l'article 17 concède à l'actionnaire le droit d'agir individuellement ; or, cette action individuelle est évidemment la même que l'action pour laquelle il est permis aux actionnaires de se grouper et d'ester en justice par l'intermédiaire d'un mandataire dans un intérêt commun.

Ce dernier argument n'est pas très probant. M. Labbé l'a réfuté d'une manière qui peut sembler définitive dans sa note sous Cassation, 3 décembre 1883 (S., 85. 1. 37) : « L'article 17 de la loi de 1867, écrit-il, concernant les sociétés en commandite par actions et dont la disposition a été étendue aux sociétés anonymes par l'article 39 permet aux actionnaires représentant un vingtième du capital social de nommer un mandataire qui plaidera pour eux contre les gérants, les administrateurs ou les membres du conseil de surveil-

lance « sans préjudice du droit, pour un actionnaire, d'agir » isolément en son nom personnel ». Cet article — pour le cas où un groupe d'actionnaires a une action à intenter — détermine une forme de procédure ; il déroge au principe qu'on ne peut plaider par procureur, il simplifie la rédaction des exploits et diminue les frais. Il touche à la forme de l'action et nullement au fond du droit d'agir. Il règle l'exercice de l'action qui existe, il ne la crée pas. Il suppose que les actionnaires ont parfois le droit d'agir, indépendamment de la majorité, contre les gérants ou administrateurs (ou commissaires de surveillance) de la société, mais il ne précise pas les hypothèses dans lesquelles les actionnaires ont ce droit.

» Il suffit qu'il y ait des cas où les actionnaires ont incontestablement le droit d'agir isolément contre les administrateurs (ou commissaires) pour que la disposition de l'article 17 se comprenne. Il est certain que des actionnaires isolés peuvent invoquer et faire prononcer la nullité de la société par actions à raison d'un vice constitutif ou la dissolution pour perte du capital ou réduction du nombre des associés. Les articles 17 et 39 de la loi de 1867 s'observeront alors. Ces articles auront-ils l'occasion d'être appliqués en d'autres hypothèses ? La question est intacte. »

Sur cette longue controverse, le mot de la fin semble avoir été dit par M. l'avocat général Rau dans ses conclusions précitées (D., 94. 1. 468) : « En principe, il est incontestable que l'action *mandati* intéressant l'association tout entière n'appartient qu'à la personne morale et ne peut être exercée que par ses représentants légaux (gérants, administrateurs ou mandataires désignés spécialement par les assemblées générales).

» Cependant, la jurisprudence, se prévalant dans des vues d'équité de la disposition finale assez vague de l'article 17 de la loi du 24 juillet 1867, a admis qu'en cas d'inaction de la société, les actionnaires pouvaient isolément exercer l'action

appartenant au corps social, mais seulement dans la limite de leur intérêt propre. Il est nécessaire d'ailleurs qu'aucune prohibition ne se rencontre à cet égard dans les statuts et que l'action sociale subsiste intacte, qu'elle n'ait été éteinte ni par quitus, ni par transaction. L'action ainsi exercée constitue ce que, dans la technologie spéciale, on appelle l'action *ut singuli*.

» La faculté de saisir les tribunaux dans ces conditions a été contestée par de savants auteurs, et l'on ne peut méconnaître que l'action *ut singuli* n'ait, en effet, un caractère assez hybride. Mais sa légitimité a été admise depuis longtemps par les cours d'appel, et consacrée par plusieurs de vos arrêts. » (V. notamment Req., 9 juin 1874, D., 76. 1. 387; Civ., 3 mai 1893, D., 93. 1. 449.)

La jurisprudence est, en effet, à peu près unanime en faveur de l'exercice de l'action sociale par les actionnaires pris *ut singuli*. Mais, ainsi que l'a indiqué M. l'avocat général Rau dans ses conclusions précitées, elle a soumis l'exercice de cette action à plusieurs conditions.

La première est que l'action existe encore juridiquement, sans avoir été touchée par l'Assemblée générale des actionnaires. L'action sociale exercée *ut singuli* est une fraction, une émanation de l'action sociale exercée *ut universi* et l'on ne saurait reconnaître aux actionnaires la faculté d'agir individuellement que si la société, négligeant de faire usage de son droit, demeure dans l'inaction (Paris, 16 avril 1870, D., 70. 2. 21, et 20 mars 1901, J. S., 1902, p. 351; Cass., 21 juin 1881, S., 85. 1. 107).

Mais dès que l'Assemblée générale des actionnaires, si la société est *intégri status*, ou les liquidateurs ou syndics, si la société est en liquidation, ont disposé de ladite action, soit en l'exerçant, soit en y renonçant expressément ou tacitement, le droit individuel des actionnaires s'évanouit. Spécialement, le droit des actionnaires se trouve éteint si l'Assemblée générale a couvert les actes des commissaires par un vote de

quitus (Cass., 23 fév. 1885, D., 85. 1. 18, S., 85. 1. 337; Paris, 28 mars 1888, S., 93. 1. 189; Cass., 9 juill. 1888, S., 89. 1. 361; Paris, 29 mai 1889, *R. S.*, 1890, p. 6, et 10 mars 1892, *R. S.*, 1892, p. 193; Lyon, 28 janv. 1890, S., 93. 2. 52; Cass., 8 mars 1892, D., 93. 2. 252).

Néanmoins, la Cour de cassation, par un arrêt du 1^{er} juillet 1897 (*J. S.*, 1898, p. 110, D., 98. 1. 569, note de M. Thaller), a refusé au quitus le pouvoir de paralyser rétroactivement une instance déjà engagée. Cette décision, qui n'est pas unanimement admise en jurisprudence, a été critiquée. En effet, si l'Assemblée générale, une fois l'action engagée, peut s'en désister en cours d'instance, il est rationnel que le même droit subsiste à son profit lorsqu'un actionnaire exerce isolément et pour partie le droit de la collectivité.

De même, l'action sociale est éteinte et ne peut, par conséquent, être atteinte par les actionnaires si l'Assemblée a ratifié les actes incriminés (Cass., 21 juill. 1881, D., 81. 1. 465); si elle a renoncé à l'action (Cass., 13 nov. 1893, *J. S.*, 1894, p. 133); si elle a transigé avec les commissaires coupables (Paris, 16 avril 1870, D., 70. 2. 121; Req., 7 mai 1872, D., 72. 1. 233; 9 juin 1874, D., 76. 1. 387; 20 fév. 1877, D., 77. 1. 201; Cass., 21 juin 1881, S., 85. 1. 107, D., 81. 1. 465; Paris, 30 juin 1883, D., 85. 1. 413, *J. S.*, 1885, p. 379; 6 mai 1885, D., 86. 2. 25, et la note de M. Thaller; Bordeaux, 24 mai 1886, D., 87. 2. 115; Lyon, 28 janv. 1890, D., 92. 2. 33, et la note de M. Boistel; Angers, 19 mai 1891, D., 92. 2. 281, et la note de M. Boistel; Paris, 19 mai 1892, D., 92. 2. 359).

Encore faut-il que le quitus, la ratification, la renonciation ou la transaction aient été donnés ou décidés par l'Assemblée générale en connaissance de cause, ne soient pas entachés d'erreur ou de dol et n'aient pas été provoqués par des manœuvres frauduleuses (Cass., 9 juill. 1888, D., 88. 1. 321; Bordeaux, 24 mai 1886, S., 92. 1. 349).

Il faut aussi que les intéressés aient exécuté les conditions

auxquelles le vote du quitus ou de la transaction a été subordonné (Cass., 23 fév. 1885, S., 85. 1. 337, note de M. Labbé ; Paris, 30 juin 1883, *J. S.*, 1885, p. 379).

Il faut enfin que les actes couverts par l'Assemblée générale n'excèdent pas la limite de ses pouvoirs. Ainsi, c'est à une Assemblée générale extraordinaire et non à l'Assemblée ordinaire qu'il appartient de ratifier toute violation aux statuts, pareille ratification emportant virtuellement modification du pacte social (V. Cass., 20 fév. 1877, 21 juin 1881, précités. — V. aussi Labbé dans S., 1885. 1. 97 ; Levillain dans D., 1904. 2. 121 ; Thaller dans D., 86. 2. 25). On s'est demandé si même l'Assemblée générale extraordinaire pouvait couvrir une violation des statuts. N'est-ce pas là une faute complexe qui constitue à la fois un préjudice personnel à chaque associé et une violation au contrat de mandat qui lie les commissaires à la société (V. Pic, note sous Paris, 31 mai 1892, D., 93. 2. 249. — V. aussi Req., 7 mai 1872 ; Lyon, 12 mars 1885 ; Req., 18 mai 1885, précités).

Nous avons vu, dans les conclusions précitées de M. l'avocat général Rau, que les actionnaires ne pouvaient exercer l'action sociale qu'à la condition de conclure dans la limite de leur intérêt particulier et non pour la société et dans un intérêt collectif. La jurisprudence est, en effet, formelle à ce sens (V. en particulier, Civ., 12 août 1899, D., 99. 1. 457). On a critiqué cette jurisprudence : « Si l'actionnaire, écrit M. Pic (note précitée sous Paris, 31 mai 1892, D., 93. 2. 249), ne doit retirer de son action aucun profit personnel, ce n'est pas, contrairement à la formule ordinaire des arrêts, dans son intérêt propre et exclusif qu'il agit, mais bien dans l'intérêt de la société, en vertu d'une sorte de mandat tacite de contrôle et de surveillance qu'il puise dans sa qualité d'associé ; s'il en est ainsi, il devient manifestement illogique de limiter le montant de la condamnation à la mesure de son intérêt personnel ; la condamnation nous paraît, au contraire, devoir être adéquate au préjudice causé à la société par la

mauvaise gestion des gérants ou administrateurs responsables. » Contrairement à ce qu'écrit M. Pic, la jurisprudence n'a jamais reconnu que l'actionnaire puisse son droit à agir dans un mandat tacite à lui confié par la société. Elle a, au contraire, toujours nié ce mandat et affirmé qu'en exerçant *ut singuli* l'action sociale, les actionnaires usaient d'un droit qui leur était propre. Dans ces conditions, il était légitime qu'elle n'admît les actionnaires agissant *ut singuli* qu'à conclure dans leur intérêt personnel.

Encore faut-il que l'actionnaire soit en possession de ses titres, car cette action ne lui appartient que de par sa qualité d'actionnaire.

L'aliénation de ses titres transfère son droit d'agir à ses cessionnaires, même si l'aliénation se produit en cours d'instance (Cass., 3 déc. 1883, S., 85, 1. 37), mais l'acquéreur n'acquiert le droit d'agir que dans la mesure où son cédant l'avait lui-même (Paris, 2 juin 1888, R. S., 1888, p. 450).

Lorsque l'actionnaire, ayant intenté l'action sociale, a obtenu gain de cause, peut-il s'approprier à lui seul le profit de la condamnation? Oui, semble-t-il, puisqu'il n'a agi que pour sa part et dans la mesure de son intérêt, puisqu'il n'a mis en action qu'un droit qui lui était propre. Et cependant, on a affirmé le contraire et déclaré que la somme obtenue par l'actionnaire devait être versée intégralement dans la caisse sociale pour y recevoir l'affectation qui sera décidée par l'Assemblée générale (En ce sens, M. Boistel, sous Lyon, 28 janv. 1890, précité, et M. Pic, sous Paris, 31 mai 1892, précité). Pour adopter cette solution, on invoque, d'une part, les règles générales du contrat de société; d'autre part, les droits des créanciers sociaux.

Sur les règles générales du contrat de société, car ledit contrat a pour principe essentiel la *communicatio lucri et damni* entre les associés. Gains et pertes sont mis en commun, si bien que le fait pour un actionnaire de retirer quelque bénéfice que ce soit du contrat de société sans en faire profiter ses associés serait contraire à la définition même de la société.

Sur les droits des créanciers sociaux, car les actionnaires ne peuvent recevoir aucun dédommagement pour l'argent mis par eux dans le fond commun avant que les créanciers de la société ne soient intégralement désintéressés. L'actif social est le gage desdits créanciers; l'action sociale est un des éléments de cet actif; laisser aux actionnaires le profit de cette action est injuste et contraire à la loi. C'est pourquoi il est légitime que le montant des dommages-intérêts soit versé à la caisse sociale pour y recevoir l'affectation indiquée par l'Assemblée générale, affectation qui doit être, avant tout, réservée aux créanciers sociaux, à tel point qu'une autre destination ne saurait être valablement donnée à ces fonds, au détriment du droit de ces créanciers.

Ainsi, l'associé pourrait agir seul, mais non s'attribuer exclusivement le profit pécuniaire qu'il aurait retiré de son action. Il ne pourrait même pas se faire attribuer par le tribunal une partie de la condamnation en remboursement des frais du procès. Les frais dont il s'agit sont, en effet, des frais accessoires (les mandataires sociaux ayant été condamnés ont dû supporter les autres); ils ne sont donc pas privilégiés aux termes de l'article 2101, alinéa 1, du Code civil. Ce que l'actionnaire poursuivant pourrait uniquement faire, ce serait demander le remboursement de ses dépenses sur l'actif restant après le désintéressement des créanciers sociaux.

A cette argumentation, M. l'avocat général Rau a, dans ses conclusions précitées (D., 94. 1. 468), répondu comme suit : « Je sais bien que d'excellents esprits enseignent que l'action *ut singuli*, même pour une société *in bonis*, ne peut profiter qu'à la société (donc avant tout à ses créanciers), mais j'estime que l'opinion professée par M. Labbé... est plus conforme à la réalité des choses et à l'équité (note sous Req., 3 déc. 1883, précitée). Comment, on autoriserait un actionnaire à séparer sa situation de celle des autres associés, à agir dans la mesure de son intérêt propre, à courir les risques d'une action que

le syndic redoute d'entreprendre ; il exposera des frais, aura des soucis et des débours de toute nature ; s'il échoue, il n'aura droit à aucune indemnité ; et l'on voudrait, lorsqu'il a le bonheur de réussir, que le syndic pût le priver du résultat de ses efforts et fût autorisé à faire main basse sur des dommages-intérêts alloués non à la société, mais au demandeur en son nom personnel ! Cela, je vous le demande, est-il rationnel ? Voilà une partie absolument maîtresse de son action, pouvant s'en désister à la veille d'un succès, qui ne jouirait pas du bénéfice de la condamnation. Bien mieux, ce plaideur pourra transiger ; le contrat ainsi passé sera son œuvre personnelle et le syndic aura le droit de revendiquer le bénéfice de cette transaction ! Il me semble que de telles solutions seraient aussi contraires à la logique qu'à l'équité. Que l'on se refuse à reconnaître l'existence d'une action sociale *ut singuli* comme incompatible avec les principes du contrat de société, je le comprends ! Mais si l'on accepte la possibilité de cette action, il ne faut pas reculer devant les conséquences nécessaires de son exercice. »

Les statuts pourraient-ils restreindre l'exercice de l'action sociale par les actionnaires ? On l'admet en règle générale (V. notamment Pic, note précitée, conclusions précitées de M. l'avocat général Rau) et il a été décidé que l'actionnaire doit être déclaré irrecevable à exercer — même dans la mesure de son intérêt — l'action sociale lorsqu'une clause formelle des statuts en interdit l'exercice aux associés (clause prohibitive), ou le subordonne à l'obtention préalable d'un avis de l'Assemblée générale (clause d'avis) (V. Seine, 26 avril 1873, et Paris, 11 juill. 1882, précités ; Req., 3 déc. 1883, D., 84. 1. 399 ; Angers, 11 mai 1891, précité). Que la clause d'avis soit admissible, cela paraît d'autant plus rationnel que l'actionnaire sera de ce fait fixé sur le point de savoir si l'Assemblée générale exercera ou non l'action sociale. Quant à la clause prohibitive, sa validité paraît peut-être plus douteuse. Du moment qu'on reconnaît à chaque actionnaire un

droit personnel à exercer l'action sociale, comment admettre ensuite que les statuts puissent le priver de ce droit. Sans doute, en vertu du principe de la liberté des conventions, les actionnaires peuvent limiter leur liberté, mais n'est-il pas certains droits « que le législateur, afin d'assurer l'équilibre des intérêts et de prévenir les fraudes, prescrit aux actionnaires de conserver chacun personnellement et dont il leur défend de faire l'abandon (total ou partiel selon les circonstances) parce que cet abandon fausserait le système de la loi en privant l'actionnaire d'une garantie individuelle qu'elle a voulu impérativement lui réserver » ? Cette théorie, exposée par M. Percerou relativement à la clause d'avis et à la clause prohibitive en matière du droit de communication des actionnaires, ne pourrait-elle s'appliquer en la matière ? Il est permis de se le demander si l'on songe que la clause prohibitive peut laisser l'actionnaire désarmé en cas de collusion frauduleuse des commissaires et des représentants légaux de la société.

Le tribunal qui doit être saisi de l'action sociale est sans nul doute le tribunal de commerce du siège social, ceci conformément à l'article 631-2° du Code de commerce.

Comme en matière d'action pour responsabilité délictuelle, on doit, en présence du silence de la loi, déclarer que la prescription est de trente ans.

Cette prescription court du jour où la faute a été commise.

TITRE III

Les commissaires de surveillance dans quelques pays étrangers.

La France, l'Allemagne et l'Angleterre sont, à juste titre, considérées comme des nations types, représentant le génie des trois grandes races blanches qui peuplent les principales contrées industrielles du monde.

Nous étudierons donc comment l'Allemagne et l'Angleterre ont résolu le problème du contrôle dans les sociétés anonymes. Néanmoins, nous avons estimé qu'il serait intéressant d'examiner les heureuses modifications que les lois belges, qui procèdent directement de la loi française, ont fait subir, sous la pression des nécessités de la vie économique, à notre législation.

Le titre III comprendra donc trois chapitres :

Chapitre premier. — Les commissaires de surveillance en Belgique.

Chapitre II. — Les commissaires de surveillance en Allemagne.

Chapitre III. — Les commissaires de surveillance en Angleterre.

CHAPITRE PREMIER

Les commissaires de surveillance en Belgique.

Les sociétés anonymes belges sont régies par la loi du 18 mai 1873, complétée et modifiée par les lois du 22 mai 1886, du 25 mai 1913 et du 30 octobre 1919.

La loi belge est une des plus voisines de notre loi de 1867. En particulier, pour les commissaires de surveillance, l'influence de la législation française est manifeste. Néanmoins, la Belgique, pays à la population industrielle, à la vie économique intense, a su donner souvent à la loi française un tour plus pratique et mieux adapté aux intérêts en cause. Il en est ainsi en ce qui concerne les commissaires et il est intéressant d'étudier comment les Belges ont amélioré les dispositions de notre loi de 1867 relatives à la matière.

Aux termes de l'article 64 de la loi belge, « la surveillance de la société doit être confiée à un ou plusieurs commissaires associés ou non. Les commissaires sont nommés par l'Assemblée générale ». Ici, reproduction intégrale des dispositions de la loi française. Comme en France, faculté de désigner un ou plusieurs commissaires. D'après le projet de loi primitivement déposé par le gouvernement, le nombre des commissaires ne devait pas être inférieur à trois. Mais cette disposition a été écartée (Namur, t. II, n° 1079).

Les commissaires en Belgique, comme en France et pour la même raison, à savoir le désir de ne pas écarter des fonctions de commissaires des personnalités compétentes qui ne seraient pas actionnaires (Namur, t. II, n° 1079; Wauwer-mans, n° 417), peuvent ne pas être actionnaires de la société.

Toutefois, ils ne sauraient être membres de l'ordre judiciaire, car la loi belge du 18 juin 1869, déclarant incompatibles les fonctions d'administrateur et celles de membre de l'ordre judiciaire, a été étendue aux fonctions de commissaire par une loi du 29 février 1920. Dans des cas particuliers, le roi peut lever cette incompatibilité (Wauwermans, n° 419.)

Les anciens administrateurs peuvent être désignés comme commissaires avant même d'avoir obtenu décharge de leur gestion. Les employés et agents subordonnés des administrateurs peuvent aussi assumer les fonctions de commissaire. On voit combien cette tolérance est regrettable, car elle a pour résultat de mettre les contrôleurs sous la dépendance des contrôlés (V. Beltjens, t. II, art. 545, n° 6).

Les commissaires sont, aux termes de l'article 64, désignés par l'Assemblée générale. Même disposition que dans la loi française, disposition qui permet les abus du droit de présentation. Nous avons assez souligné ces abus dans notre étude de la loi de 1867 sans qu'il nous soit besoin d'insister.

Comme en France, les administrateurs peuvent, en Belgique, participer à la désignation des commissaires. C'est là une application du principe que les commissaires peuvent voter dans les Assemblées, quels que soient leurs intérêts personnels dans les délibérations soumises (Charleroï, 21 fév. 1912, *Pandectes périodiques*, 1912, n° 777). La loi étant muette à cet égard, les commissaires peuvent être parents ou alliés des administrateurs (Wauwermans, n° 420).

C'est l'Assemblée générale seule qui, en Belgique, peut désigner les commissaires. Donc, pas plus qu'en France, les commissaires ne sauraient être désignés par les statuts, car on ne veut pas que les fondateurs, futurs administrateurs, choisissent ceux qui seront chargés de les contrôler.

Solution particulière à la loi belge, le président du tribunal de commerce n'intervient jamais dans la désignation des commissaires. L'Assemblée générale seule est compétente. « Si le nombre des commissaires, spécifie l'article 64, est

réduit, par suite de décès ou autrement, de plus de moitié, le conseil d'administration doit convoquer immédiatement l'Assemblée générale pour pourvoir au remplacement des commissaires manquants. » Le conseil d'administration ne pourrait même pas désigner des commissaires provisoires (Wauwermans, n° 418).

Comme en France, la rémunération des commissaires est, en vertu de l'article 64, fixée par l'Assemblée générale.

Autrefois, on limitait cette rémunération au tiers de celle des administrateurs. On a abandonné un tel système. Suivant les circonstances, chaque année, l'Assemblée peut diminuer ou augmenter cette rémunération. Mais les statuts pourraient, dès l'origine, se prononcer à ce sujet (Wauwermans, n° 423).

Disposition particulière à la loi belge : Les fonctions de commissaire n'y sont pas, comme chez nous, limitées à un an. L'article 64 spécifie simplement que la durée du mandat des commissaires ne peut excéder six ans. Bien entendu, comme en France, les commissaires sont, à moins de disposition expresse des statuts, indéfiniment rééligibles. Ils sont toujours révocables par l'Assemblée générale (art. 64).

Pouvoirs des commissaires. — Ainsi désignés, les commissaires de surveillance des sociétés belges sont dotés de certains pouvoirs.

A ce sujet, la loi belge est beaucoup plus explicite que notre loi de 1867 : « Les commissaires, dit l'article 65, ont un droit illimité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société. Ils peuvent prendre connaissance sans déplacement, des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et généralement de toutes les écritures de la société.

» Il leur est remis chaque semestre, par l'administration, un état résumant la situation active et passive. »

A première vue, on s'aperçoit de la différence essentielle qui

sépare la législation belge de notre loi de 1867 : le contrôle des commissaires est, en Belgique, permanent. Il s'exerce au cours de l'exercice social tout entier, alors qu'en France il ne s'exerce que pendant les trois mois précédant l'Assemblée générale. C'est là une différence dont notre critique du caractère temporaire du contrôle des commissaires en France souligne toute l'importance. Aussi n'insisterons-nous pas.

Par ailleurs, les deux législations sont très voisines ; les commissaires ont, en Belgique comme en France, le droit de voir tous les livres sociaux, même ceux dont la tenue n'est pas obligatoire (Wauwermans, n° 424). Cependant, d'après cet auteur (*ibid.*), le droit de communication n'emporte pas celui de se faire délivrer copie des pièces communiquées, ni même de prendre des copies. Toutefois on ne saurait refuser aux commissaires le droit de prendre des notes. Si les administrateurs refusent de communiquer certaines pièces aux commissaires, ceux-ci n'auraient pas d'action judiciaire contre eux, mais simplement la possibilité de recourir au pouvoir suprême de l'Assemblée en la convoquant (Vivante, t. II, 548; Wauwermans, n° 433).

Les commissaires ont, en effet, aux termes de l'article 73 de la loi belge, le droit de convoquer l'Assemblée générale. Ils ont un pouvoir discrétionnaire pour user de ce droit et n'ont pas, comme en France, à justifier qu'il y avait « urgence » à convoquer ladite Assemblée. Étant donné le caractère permanent du contrôle des commissaires, ce droit de convocation est, pour les raisons indiquées dans notre étude de la loi française, beaucoup plus efficace en Belgique qu'en France. Les commissaires y trouvent une garantie précieuse, de même, d'ailleurs, que les actionnaires ; aussi toute stipulation statutaire enlevant ce droit aux commissaires, ou même simplement le restreignant, ne saurait être considérée comme valable (*Pandectes belges*, Société anonyme, n° 1319; Wauwermans, n° 515).

Les commissaires ont, aux termes de l'article 65, un droit

illimité de surveillance et de contrôle qui leur permet de tout voir dans la société. Ils ont aussi le pouvoir de convoquer quand il leur plaît l'Assemblée générale. Outre cela, la loi leur donne le droit d'exiger qu'on leur remette certains documents. C'est d'abord, comme en France, une situation semestrielle, mais qui a ici plus d'importance que chez nous puisque, en vertu de leur droit de contrôle permanent, les commissaires peuvent en vérifier l'exactitude.

C'est, en outre, aux termes de l'article 35, dernier alinéa, l'inventaire, le bilan et le compte de profits et pertes. Nous avons vu qu'en France également, ces pièces doivent être communiquées aux commissaires.

Néanmoins, la législation belge présente ces particularités qu'à l'inventaire doivent être annexés un résumé de tous les engagements de la société et un état des dettes des directeurs, administrateurs et commissaires envers la société.

En outre, chez nous, c'est au plus tard quarante jours avant l'Assemblée générale que les commissaires doivent recevoir ces pièces; en Belgique, ce délai est réduit à un mois. Si l'on remarque que dans les deux pays tout actionnaire a le droit de demander communication du rapport des commissaires dans les quinze jours précédant l'Assemblée, on voit que les commissaires belges ont encore moins de temps que n'en ont les commissaires français pour examiner ces documents. Ils n'ont que quinze jours. Heureusement que leur droit de contrôle permanent leur permet d'assister à la confection des pièces de fin d'exercice, ce qui pallie à l'insuffisance du délai fixé par la loi.

Dans ses deux derniers alinéas, l'article 65 donne aux commissaires un droit que nous ne retrouvons pas dans la loi française et qui est intéressant. « Les commissaires, y est-il dit, peuvent se faire assister par un expert en vue de procéder à la vérification des livres et comptes de la société. L'expert doit être agréé par la société. A défaut d'agrément, le président du tribunal de commerce, sur requête des com-

missaires signifiée avec assignation à la société, fait choix de l'expert. Le président entend les parties en son cabinet et statue en audience publique sur la désignation de l'expert. Sa décision ne doit pas être signifiée à la société et n'est pas susceptible de recours. »

Ainsi, la loi belge prévoit que les commissaires peuvent se faire assister par un expert; mais comme l'introduction d'une personnalité étrangère dans les affaires de la société pourrait être dangereuse au cas où cette personnalité abuserait de son droit de regard pour violer le secret nécessaire à la prospérité de l'entreprise, la loi a donné aux administrateurs la faculté de récuser la personne choisie par les commissaires. Mais il ne faut pas que les administrateurs puissent, sous prétexte que l'expert choisi ne leur convient pas, se soustraire à l'expertise réclamée par les commissaires. Aussi, en cas de conflit avec les administrateurs sur la personnalité choisie, les commissaires ont-ils la faculté de saisir le président du tribunal de commerce. Celui-ci convoque les administrateurs, apprécie la valeur des griefs que lesdits administrateurs ont contre l'expert choisi et, suivant qu'ils sont sans valeur ou sérieux, passe outre ou désigne un autre expert. Mais le président ne pourrait pas ne pas désigner un expert, car sa mission est uniquement d'examiner les objections formulées par la société relativement à la personnalité de l'expert choisi par les commissaires; il n'a pas à apprécier l'opportunité de l'expertise (Wauwermans, n° 444). Pour éviter que les choses traînent en longueur, l'article 65, avons-nous vu, décide que la décision du président n'est pas susceptible de recours.

Ainsi, les commissaires peuvent recourir à des experts, mais ce recours ne doit être qu'exceptionnel. Des commissaires conscients de leur incompétence ne sauraient faire appel habituellement à des experts sur lesquels ils se déchargeraient de leur besogne et de leur responsabilité; le recours à l'expert ne peut être de règle. « Il doit être bien entendu, a déclaré M. le Ministre de la Justice, que la faculté que nous

accordons aux commissaires ne leur permettra pas de se décharger sur les tiers de la mission que la loi leur attribue. » (Ch. des représ., séance du 17 janv. 1913, *Annales parlementaires*, 1912-1913, p. 359).

Pour recourir à des experts, il faut des cas extraordinaires ; par exemple, que les commissaires relèvent des indices d'irrégularités ou de fraudes dont ils ne parviennent pas, avec leurs connaissances personnelles, à démêler les causes ou à déterminer exactement l'étendue. En résumé, « l'assistance de l'expert, pour répondre au vœu de la loi et être normale, suppose des ambiguïtés et des difficultés auxquelles un homme ordinaire ne pourrait faire face » (Wauwermans, n° 445).

En cas de pluralité de commissaires, ce droit de recourir à un expert appartient-il en propre à chacun des membres du collège ou simplement à la majorité ? En règle générale, on décide que la majorité seule dispose de ce droit, comme d'ailleurs du droit de convocation (Wauwermans, n° 446 et n° 517). On s'appuie pour adopter cette solution sur l'article 67 qui déclare que « les administrateurs et les commissaires forment des collèges qui délibèrent suivant le mode établi par les statuts et, à défaut de décisions à cet égard, suivant les règles ordinaires des assemblées délibérantes ».

La loi ne contient aucune stipulation relativement aux frais de l'expertise. A qui doivent-ils incomber ? En pratique, les commissaires demanderont aux administrateurs de leur ouvrir un crédit aux fins de choisir un expert qui sera chargé d'examiner la situation sociale. Si les administrateurs refusent, lorsque la demande paraît justifiée, ils engagent gravement, par ce seul fait, leur responsabilité. Les commissaires alors devront faire l'avance des frais, mais ils peuvent demander à l'Assemblée générale de les indemniser. Si l'Assemblée estime que l'expertise n'a pas été utile, les commissaires seront exposés à supporter ces frais (Sénat, 23 avril 1913, *Annales parlementaires*, 1912-1913, p. 279).

Si larges que soient leurs pouvoirs de surveillance et de contrôle, les commissaires, pas plus en Belgique qu'en France, ne sont pas des administrateurs. « Libres dans leur action et indépendants dans leur contrôle, les administrateurs gouvernent alors que les commissaires veillent dans l'intérêt des actionnaires. » (Guillery, *Des sociétés commerciales*, t. II, n° 711. — V. également Trib. comm. Bruxelles, 16 juin 1881, *Belgique judiciaire*, 1881, 941; Bruxelles, 28 juill. 1882, *Pas.*, 1882. 2. 335; Charleroi, 8 mars 1911, *Pas.*, 1911. 3. 133).

« Aucun actionnaire, écrit Wauwermans, n° 426, n'est en droit de demander communication des documents sociaux, ni d'autres registres que celui des actions nominatives, des Assemblées générales et de la liste annuelle du portefeuille. Un droit de communication plus étendu permettrait, en effet, à quiconque souffre de la concurrence que lui fait une société, de se procurer — à la faveur d'une seule action — des renseignements dont il pourrait se servir au préjudice de la société; de faire échouer les plans et les opérations des administrateurs. Cependant, des comptes fournis par des mandataires ne peuvent être admis sans vérification ni contrôle; c'est pourquoi l'on a institué un organisme destiné à fonctionner entre le conseil et la masse des actionnaires; les commissaires sont des mandataires spéciaux des actionnaires, chargés de recueillir et recevoir en leur nom les éléments de contrôle et de surveillance qui ne pourraient sans inconvénients être fournis à l'ensemble des intéressés. Les commissaires ne sont point des administrateurs, mais des conseillers rapporteurs. »

En conséquence, on doit refuser aux commissaires le droit de former opposition aux délibérations du conseil d'administration ou d'en suspendre l'exécution. « Reconnaître pareil pouvoir au collège des commissaires, ce serait le faire sortir de son rôle en s'immisçant dans la gestion, lui permettre d'arrêter la marche des affaires sociales au risque d'infliger

à la société des préjudices considérables sans la responsabilité personnelle. Ce serait introduire dans le fonctionnement de la société des éléments dangereux de trouble et de confusion. » (Wauwermans, n° 427). De même, on ne peut reconnaître aux commissaires le droit d'exercer l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs, les fondateurs, les anciens administrateurs et les anciens commissaires de la société. Ce serait leur attribuer des pouvoirs « incompatibles avec leur rôle naturel », pouvoirs supérieurs même « à celui de l'Assemblée générale » (Wauwermans, n° 427).

Le projet déposé par le gouvernement autorisait les commissaires à refaire le bilan et les comptes ; le texte a été modifié et ils ne peuvent, à ce sujet, que faire des propositions. En résumé, les commissaires n'ont aucune qualité pour imposer au conseil d'administration quelque décision que ce soit.

Néanmoins, il est un cas où le collège des commissaires peut participer à certains actes de gestion. Il en est ainsi lorsque les statuts sociaux prévoient la création d'un conseil général. En effet — et ceci est une disposition qui différencie la loi belge de la nôtre — l'article 68 de la loi belge stipule que « les statuts peuvent disposer que les administrateurs et les commissaires réunis formeront le conseil général ; ils en détermineront les attributions ». Ainsi, dans les sociétés belges, les statuts *peuvent* (il n'y a pas là une obligation) prévoir l'institution d'un conseil général dont ils sont libres de fixer à leur gré les attributions. Il n'est qu'un seul cas où la loi appelle le conseil général à délibérer, c'est quand une place d'administrateur est vacante. En ce cas « et, stipule l'article 53, sauf disposition contraire des statuts, les administrateurs restants et les commissaires réunis ont le droit d'y pourvoir provisoirement ». Hormis cette exception le conseil général est donc facultatif. Si les statuts n'en prévoient pas l'institution, l'Assemblée générale peut, en suivant les formes des modifications aux statuts, décréter la formation d'un

conseil général et en fixer les attributions (Wauwermans, n° 456).

Avant d'en terminer avec les pouvoirs des commissaires en Belgique, il convient de remarquer que pas plus dans ce pays qu'en France ces pouvoirs ne peuvent être restreints par les statuts. « Ils concernent l'ordre public. » (Vivante, *Droit commercial*, t. II, n° 518; Wauwermans, n° 433).

Obligations des commissaires. — Les pouvoirs des commissaires étant ainsi délimités, il convient d'étudier à quelles fins ils leur ont été donnés, autrement dit il faut fixer les obligations des commissaires.

En Belgique comme en France, la mission des commissaires est double. Ils doivent : 1° surveiller la gestion de la société et vérifier les comptes et écritures sociales ; 2° documenter l'Assemblée générale sur cette gestion et sur ces comptes.

De leur mission générale de surveillance et de contrôle découle pour les commissaires l'obligation de « vérifier l'état des marchandises en magasin, le matériel, la caisse, les comptes tout au moins dans leur généralité et dans leurs résultats, les opérations, les marchés traités dans le cours de l'année ; en un mot, leur devoir est de donner un compte exact de la gestion annuelle selon leurs propres lumières » (Guillery, t. II, n° 711). On le voit, la loi belge est ici aussi imprécise que la loi française et, d'après Wauwermans, n° 436, les diverses solutions que nous avons rencontrées dans l'étude de la jurisprudence française relativement à l'étendue de la mission de surveillance des commissaires doivent être appliquées à la Belgique.

Leur droit de convoquer l'Assemblée générale crée pour les commissaires l'obligation d'effectuer cette convocation quand la situation est grave (V. Holbach, *Assemblée générale*, p. 22).

D'autre part, aux termes de l'article 73, les commissaires

doivent convoquer l'Assemblée générale sur la demande d'actionnaires représentant le cinquième du capital social. Ainsi, les commissaires sont obligés de convoquer l'Assemblée lorsque cette convocation est régulièrement requise. Elle est régulièrement requise quand elle émane d'un ou plusieurs actionnaires possédant un nombre d'actions représentant le cinquième du capital social (Holbach, *Interprétation de la loi sur les sociétés*, p. 19). Le ou lesdits actionnaires doivent, à moins de clause contraire des statuts, être propriétaires et non simples détenteurs de leurs titres; néanmoins, la possession crée présomption de propriété, et c'est à la société à infirmer la présomption; la preuve peut être faite par tous les moyens de droit (Wauwermans, n° 519; Charleroi, 7 avril 1910, *Revue pratique des sociétés*, 1910, p. 215).

Les actions ne doivent pas être consignées jusqu'au jour de l'Assemblée. Il suffit que le droit existe au moment où la réquisition est mise en mouvement, et il n'est pas indispensable que tous les requérants persistent dans leur demande jusqu'au jour de l'Assemblée (Wauwermans, n° 520).

De l'article 176-4° il découle que la *convocation* doit être faite dans le délai de trois semaines de la réquisition. C'est de la convocation que parle l'article 176; donc, légalement, le conseil dispose d'un premier délai de trois semaines pour examiner la réquisition et prendre les mesures qu'elle entraîne. La loi ne fixe pas quel doit être le délai entre le jour où l'Assemblée aura été convoquée et celui où elle devra se tenir. Mais il va de soi que l'on ne pourrait ajourner la tenue de l'Assemblée à une date si reculée que les dispositions de la loi seraient éludées (Wauwermans, n° 523).

Tel est le recours organisé par la loi belge au profit d'une minorité d'actionnaires, recours fort intéressant et dont nous ne trouvons aucune trace dans notre législation.

Outre leur devoir de contrôle général, les commissaires ont à vérifier certaines pièces qui leur sont fournies en fin d'exercice par le conseil d'administration. Ils doivent aussi

examiner les comptes sociaux. L'Assemblée générale ne peut, en effet, vérifier elle-même l'exactitude du bilan, l'estimation de l'actif, la justesse des écritures. C'est aux commissaires qu'incombe cette vérification.

Ceci nous conduit à examiner la seconde tâche des commissaires, celle qui consiste à éclairer les actionnaires. « Les commissaires, écrit Namur, t. II, n° 1127, doivent surveiller et contrôler l'administration et, en outre, éclairer l'Assemblée générale des actionnaires, pour que celle-ci puisse statuer en connaissance de cause quand il s'agira d'approuver le bilan et le compte de profits et pertes. Afin que les commissaires soient mis à même de bien remplir leur mission, la loi veut que l'administration leur remette un rapport sur les opérations de la société avec les pièces à l'appui, lesquelles sont, entre autres, l'inventaire avec l'annexe, le bilan et le compte des profits et pertes. Cette remise doit avoir lieu un mois au moins avant l'Assemblée générale ordinaire, afin que les commissaires aient le temps d'étudier le rapport des administrateurs et les autres pièces, et de préparer le rapport qu'ils doivent eux-mêmes soumettre à l'Assemblée pour faire connaître leurs propositions, spécialement sur le point de savoir s'il convient d'approuver le bilan et le compte de profits et pertes présentés par les administrateurs. »

C'est, en effet, au moyen d'un rapport lu par eux à l'Assemblée générale que les commissaires renseignent les actionnaires sur le résultat de leurs investigations et sur la marche des affaires sociales. En vertu de l'article 76, ce rapport doit être déposé par les commissaires au siège de la société, au plus tard quinze jours avant l'Assemblée générale. En effet, nous avons vu qu'aux termes de l'article 76 le rapport des commissaires doit être : 1° mis au siège social à la disposition des actionnaires dans la quinzaine précédant l'Assemblée ; 2° délivré, dans le même délai, gratuitement à tout actionnaire qui en fait la demande en produisant son titre ; 3° adressé aux actionnaires en nom en même temps que la

convocation. Remarquons que notre loi de 1867 n'ordonne que la mise à la disposition des actionnaires du rapport des commissaires dans la quinzaine précédant l'Assemblée; publicité beaucoup moins parfaite que celle qui est organisée en Belgique.

« Le rapport des commissaires doit être fait par écrit. Il doit consister en un exposé et des propositions » (Wauwer-mans, n° 678). S'il y a pluralité de commissaires, le rapport, ici comme en France, doit être leur œuvre commune. S'il y a divergences de vues dans le collège des commissaires, il importe que ceux-ci, dans leur intérêt, « indiquent dans le rapport leur avis individuel aux fins de pouvoir déterminer — le cas échéant — la responsabilité de chacun » (Wauwer-mans, n° 678).

Malheureusement, en Belgique comme en France, « le rapport des commissaires se borne trop souvent à énoncer qu'ils ont constaté la parfaite concordance entre le bilan et les écritures et comptes de la société: Cette constatation doit être faite, mais n'est guère de nature à renseigner les actionnaires; un bilan qui ne serait pas le résumé de l'inventaire et un inventaire qui ne serait pas conforme aux écritures reposeraient sur l'erreur ou le faux. Ils doivent s'assurer que les livres ont été régulièrement tenus, mais ces constatations matérielles ne peuvent suffire.

» De même que les administrateurs peuvent se décharger sur des employés de la tenue des écritures et de la confection matérielle de l'inventaire, mais que le rôle du conseil d'administration consiste à dresser le bilan sur l'examen des pièces qui leur sont remises, de même les commissaires doivent contrôler la façon dont cette opération a été faite. Ils doivent apprécier la politique générale suivie par le conseil à la lumière des documents qui leur sont remis et qui sont destinés à demeurer secrets pour les actionnaires; ils ont été mis en possession de l'inventaire intégral et de l'exposé des charges, ils doivent exprimer les conclusions que cette obser-

vation a pu leur suggérer. Ils n'interviennent pas dans l'établissement du bilan, mais doivent exprimer leur avis au sujet de sa véracité et des résultats qu'il fournit en résumé. Ce rapport doit mettre l'Assemblée en possession de l'appréciation de personnes compétentes d'intérêts différents. » (Wauwermans, n° 679).

Quoi qu'il en soit de son contenu, le rapport des commissaires doit, en Belgique comme en France, être lu à l'Assemblée générale (V. art. 77 L. belge).

Mais, contrairement à notre loi de 1867, la loi belge n'exige pas cette lecture à peine de nullité de l'approbation du bilan.

« La doctrine et la jurisprudence françaises, écrit Wauwermans, n° 698, admettent qu'à défaut de lecture à l'Assemblée du rapport des commissaires, la résolution approbative du bilan doit être déclarée nulle, et que tout intéressé, actionnaire ou non, peut poursuivre cette nullité suivant le droit commun... Cette doctrine ne pourrait être appliquée sous l'empire de la loi belge; elle s'appuie, en effet, sur un texte formel : l'article 32, § 2, de la loi du 24 juillet 1867 qui commine expressément cette nullité. Pour que les résolutions d'une Assemblée puissent être annulées de ce chef, il faudrait que l'on fasse la preuve que l'absence de rapports a eu pour résultat de tromper les actionnaires sur la portée de leurs votes.

« La loi ne prononce pas cette nullité et il n'y a pas de nullité sans texte. Les tribunaux auront donc un pouvoir discrétionnaire à cet égard. » (Trib. comm. Gand, 20 janv. 1894, *Revue pratique des sociétés*, 1894, p. 39). Ainsi, en Belgique, parce qu'il n'y a pas de nullité sans texte (nous avons vu qu'en France l'on n'est pas d'accord pour adopter ce broquart), l'Assemblée générale n'est pas nulle nécessairement si le rapport des commissaires n'est pas lu à l'Assemblée. C'est là, semble-t-il, une solution bien peu rationnelle et qui cadre mal avec l'importance donnée par la loi belge aux fonctions des commissaires.

Responsabilité des commissaires. — La sanction des obligations des commissaires réside dans leur responsabilité. « Avant la revision de 1886, les commissaires, considérés uniquement comme les mandataires de la collectivité des actionnaires, n'étaient responsables que de l'exécution du mandat qu'ils avaient reçu, et, partant, ne pouvaient être actionnés directement que par leur mandant, tandis que les administrateurs étaient, en outre, responsables vis-à-vis des tiers, en tant qu'il s'agissait d'infractions aux dispositions de la loi ou des statuts. La loi du 22 mai 1886, dans l'alinéa 3 de l'article 55 ancien, a modifié la situation : elle a placé les commissaires sur la même ligne que les administrateurs. Aujourd'hui, les commissaires sont tenus comme les administrateurs. » (Wauwermans, n° 434). « En respectant toujours, a dit M. Pirmez, rapporteur (Ch. des représ., séance du 19 février 1886), la différence qu'il y a entre les fonctions des uns et les fonctions des autres, nous appliquons à ces fonctions, différentes quant à leur objet, les mêmes règles quant à la responsabilité. Ils n'ont pas les mêmes devoirs, mais dans les devoirs qui leur incombent, ils sont tenus de la même manière. »

En Belgique comme en France, on distingue deux chefs de responsabilité : une responsabilité contractuelle dérivant du mandat et une responsabilité délictuelle dérivant des articles 1382 et 1383 du Code civil (V. Wauwermans, n° 356).

L'appréciation des fautes commises par les commissaires dans l'exercice de leur mandat est une question de fait variant à l'infini suivant les statuts de chaque société et les circonstances dans lesquelles les actes reprochés aux administrateurs ont été commis (Wauwermans, n° 357).

Ainsi, il a été jugé que :

Le rôle dévolu par la loi aux commissaires de surveillance étant de rechercher minutieusement, faire connaître et dénoncer les actes irréguliers commis par les administrateurs et directeurs de la société, ils sont responsables quand ils n'ac-

complissent pas cette mission (Trib. comm. Bruxelles, 29 mai 1890, *Pas.*, 90. 3. 296) ;

Les commissaires sont responsables des fautes commises dans l'accomplissement du mandat qui leur a été spécialement conféré quant à la vérification des comptes et bilans (Trib. Marche, 28 juin 1889, *Revue pratique des sociétés*, 1889, p. 255, n° 38).

En général, nous trouvons en Belgique des solutions consacrant les mêmes principes que ceux que nous avons trouvés en France, et les auteurs belges citant plusieurs décisions que nous avons rencontrées dans notre étude de la jurisprudence française relativement à cette question déclarent cette jurisprudence conforme à la loi belge (V. en particulier, Wauwermans, n° 436).

Néanmoins, d'après Wauwermans, n° 435, « la loi française imposant aux membres du conseil de surveillance des commandites par actions, une mission de surveillance spéciale bien déterminée, des devoirs étroits et spéciaux, la jurisprudence française fournit des solutions plus rigoureuses ».

M. Simons, député, dans un discours à la Chambre des représentants, en 1886, a dégagé assez clairement l'esprit de la législation belge sur la responsabilité des commissaires. Il a dit notamment : « Les commissaires encourent une certaine responsabilité lorsqu'ils n'exercent pas leur surveillance et leur contrôle avec la vigilance que l'on est en droit d'attendre d'hommes prudents et attentifs aux intérêts sociaux, lorsque, ayant été à même d'empêcher des actes illégaux ou antistatutaires de la part des administrateurs, ils n'ont eu aucun souci de leur adresser à cet égard des observations... S'il existe dans le portefeuille de la société de mauvaises créances, il n'est pas permis de les porter au bilan à leur pleine valeur. Mais jusqu'où doit s'étendre dans cet ordre d'idées le contrôle des commissaires ? C'est une question de fait dont la solution dépend d'une infinité de circonstances. On ne peut assurément exiger des commissaires

qu'ils se livrent à des investigations minutieuses sur la solvabilité des débiteurs, sur l'étendue et sur la solvabilité des garanties et des nantissements. Le plus souvent, leur tâche aura été convenablement remplie s'ils ont fixé leur attention sur les créances d'une certaine importance, sur la solvabilité des gros débiteurs, sur la valeur réelle des nantissements qui garantissent le remboursement des prêts plus ou moins considérables... Il ne serait pas raisonnable d'exiger des commissaires autre chose que ce qu'on a appelé, en un terme assez expressif, des coups de sonde... En cas de litige, il appartient d'ailleurs aux tribunaux d'apprécier la responsabilité des commissaires *ex æquo et bono*, c'est-à-dire avec équité et sans rigueur excessive... Si les commissaires indiquent à l'Assemblée générale des actionnaires en quoi a consisté le contrôle qu'ils ont exercé et si les actionnaires s'en contentent, on ne comprend guère que l'on puisse faire aux commissaires un grief de la manière plus ou moins sommaire dont ils ont accompli la mission. Il appartenait aux actionnaires, s'ils le jugeaient nécessaire, d'exiger des investigations plus minutieuses. N'en ayant rien fait, ils approuvent virtuellement le mode que les commissaires ont suivi dans l'exercice de leur contrôle. » (Guillery, *Commentaire législatif*, 2^e partie, II, n^o 106).

Comme en France, la responsabilité varie avec la rémunération que reçoivent les commissaires; le juge doit aussi tenir compte de la bonne foi des mandataires sociaux (V. en particulier Wauwermans, n^o 362). De même, il doit tenir compte du fait que les commissaires ne doivent pas être doués de capacités excédant celles d'un homme moyen; que, par conséquent, il est nécessaire d'avoir égard à l'habileté mise par les administrateurs à tromper les commissaires (V. Wauwermans, n^o 439). Néanmoins, il semble qu'en Belgique l'incapacité des commissaires ne devrait pas être une excuse. N'ont-ils pas la faculté de recourir à un expert et de faire examiner par lui les points qui leur semblent obscurs?

Ainsi que nous l'avons vu dans le cas où ces vérifications extraordinaires sont effectuées, les commissaires n'en restent pas moins responsables. « Mais, en fait, l'intervention autorisée par l'article 65 devra être nécessairement prise en considération lorsqu'il s'agira de relever les éléments susceptibles d'établir l'existence de la responsabilité. En effet, si des commissaires font appel au concours d'un expert pour s'éclairer de ses lumières, s'ils recherchent une personne qu'ils estiment probe et capable, s'ils s'inspirent de ses constatations dans le rapport qu'ils rédigent sous leur responsabilité, il paraîtra impossible de les incriminer d'intention frauduleuse alors qu'ils se sont conformés à l'avis donné et que le bilan serait ultérieurement déclaré faux. Le fait d'appeler cet expert — encourageant même le risque de devoir supporter le coût de l'expertise — apparaîtra comme une preuve de bonne foi.

» Au point de vue civil, ils seront responsables de leurs conclusions, mais lorsqu'ils invoqueront l'absence de faute, on devra vérifier jusqu'à quel point l'avis erroné qui leur aura été fourni les justifie. Là où un expert aura pu se tromper, il sera bien difficile de refuser à des commissaires le bénéfice de leur propre erreur. Les commissaires seront en bien meilleure posture encore lorsque ce sera le président du tribunal qui aura fait choix de l'expert. » (Wauwermans, n° 447).

L'article 62 de la loi belge, dans son deuxième alinéa, fixe pour les administrateurs, donc pour les commissaires, une responsabilité spéciale découlant de la violation de la loi et des statuts. Dans ce cas, les mandataires sociaux sont solidairement responsables vis-à-vis de la société. Mais pour le commissaire il n'y aura violation de la loi et des statuts que « lorsqu'il aura omis de surveiller et contrôler ou de contrôler suivant le mode spécialement déterminé par les statuts; lorsqu'il n'aura pas indiqué les procédés de contrôle — laissant ainsi croire que celui-ci avait été plus complet — omis de

faire des propositions parce qu'il aurait dû les formuler défavorables; négligé de convoquer l'Assemblée lorsqu'il en était requis.

» Les fautes lourdes dans la surveillance peuvent équivaloir à l'absence de surveillance et il est fort compréhensible que nombre de celles que nous avons relevées plus haut aient été considérées comme impliquant ces violations; certaines offraient même le caractère de quasi-délits » (Wauwermans, n° 440).

Mais le commissaire ne saurait être tenu de l'inaccomplissement d'obligations imposées aux administrateurs : convoquer l'Assemblée générale au cas de perte de moitié du capital, ou réduction du nombre des administrateurs au-dessous de trois.

Néanmoins, « lorsqu'un commissaire délibère avec les administrateurs en conseil général, il est responsable, au même titre que ceux-ci, des résolutions adoptées. Ainsi, à raison de cette délibération, le commissaire pourrait être engagé dans les liens d'une responsabilité solidaire si, par exemple, il contribuait au choix d'un administrateur notoirement incapable, mineur, interdit, etc. » (Wauwermans, n° 456).

Responsabilité délictuelle. — Sur ce point, nous rencontrons d'importantes différences entre les jurisprudences française et belge. En Belgique, l'article 62, alinéa 2, de la loi sur les sociétés, déclare que les mandataires sociaux sont responsables solidairement envers la société et les tiers d'infractions aux dispositions de la loi et des statuts. De là, on conclut que « les commissaires ne répondent vis-à-vis des tiers que des violations de la loi et des statuts ». La théorie belge est qu'il y a un quasi-contrat entre les commissaires et les tiers, quasi-contrat aux termes duquel les commissaires, en acceptant leurs fonctions, s'engagent à respecter les statuts et à exécuter les prescriptions légales. « Il n'est pas sans

utilité, écrit Wauwermans, n° 372, de mettre ici en garde contre le concours trop fréquent que l'on est tenté de réclamer de la jurisprudence et de la doctrine françaises pour les cas d'application de la responsabilité vis-à-vis des tiers... Cet article (art. 44 L. franç. 24 juill. 1867) vise les fautes de gestion comme les infractions à la loi, tandis que la loi belge limite la responsabilité envers les tiers aux infractions de la loi sur les sociétés et aux statuts sociaux.

« La jurisprudence française ne peut être invoquée en Belgique que sous réserve de vérification des cas d'espèces. »

Dans la pratique, la responsabilité délictuelle des commissaires belges envers les tiers ne jouera guère que vis-à-vis de personnes induites en erreur sur la situation réelle de la société par le rapport des commissaires lorsque ce rapport aura été faussement élogieux. Ainsi, il a été jugé que doit être déclaré responsable l'administrateur (et nous ajouterons le commissaire, étant donnée l'assimilation faite par la loi belge) qui, en vue de placer des actions, établit un document de nature à induire en erreur, par ses exagérations, sur la situation — qui lui est connue — de la société, ou à tromper par des renseignements insuffisants (Charleroi, 31 mai 1862 et Bruxelles, 30 mai 1865, *Pas.*, 1865. 2. 361 ; Bruxelles, 8 fév. 1893, *Pas.*, 1894. 2. 418). Mais, ainsi que nous l'avons relevé en France, il faut une relation de cause à effet entre les fausses affirmations des commissaires et l'acquisition des actions par les tiers demandeurs. D'autre part, il ne faut pas qu'il y ait faute de la part de ces tiers ; ainsi les tiers qui, avec légèreté, auraient accepté à la lettre, sans faire la part de l'exagération que comporte toute réclame, la teneur des prospectus de souscription seraient mal venus à demander réparation aux commissaires (Bruxelles, 29 oct. 1889, *Belgique judiciaire*, 1890, 289).

Effets de la responsabilité des commissaires. — A la législation et à la jurisprudence françaises que nous avons étu-

diées précédemment, la législation et la jurisprudence belges n'apportent pas sur ce point d'importantes modifications.

Une disposition particulière à la loi belge mérite cependant d'être relevée. Elle est relative à la responsabilité des commissaires en cas de violation des statuts ou de la loi. Dans ce cas, aux termes de l'article 62, les commissaires sont déclarés responsables solidairement des dommages-intérêts résultant de leurs infractions. « Ils ne seront, aux termes de la loi, déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'Assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance. » Cette disposition est particulière à la loi belge, en ce fait qu'elle établit nécessairement, dans certains cas, une responsabilité solidaire entre les mandataires sociaux, alors qu'en France cette solidarité n'est, avons-nous vu, jamais de rigueur. Ce cas excepté, les mandataires sociaux ne sont, pas plus en Belgique qu'en France, responsables solidairement s'il n'y a faute indivisible de leur part. Si ces mandataires s'étaient répartis les tâches, chacun serait responsable des fautes commises par les services dont il a la direction (Wauwermans, n° 363).

Néanmoins, nous avons vu que pour les commissaires dont la mission est de surveiller, le fait de laisser passer sans les relever certaines irrégularités particulièrement criantes sera, à bon droit, considéré comme impliquant une absence totale de surveillance de leur part, donc une violation de la loi. Dans ce cas, conformément à l'article 62, les commissaires seront responsables solidairement.

Hors cette disposition, la Belgique n'a rien changé à la loi française en ce qui concerne la fixation des dommages et intérêts, leur étendue et généralement les effets de la responsabilité des commissaires dans les sociétés anonymes.

Aux termes de l'article 77 de la loi belge, « après l'adoption du bilan, l'Assemblée générale se prononce par un vote

spécial sur la décharge des administrateurs et des commissaires. Cette décharge n'est valable que si le bilan ne contient ni omission, ni indication fausse dissimulant la situation de la société et, quant aux actes faits en dehors des statuts, que s'ils ont été spécialement indiqués dans la convocation ».

Ainsi, le fait par l'Assemblée générale d'adopter le bilan n'implique pas qu'elle décharge les mandataires sociaux. Une décision spéciale est nécessaire pour prononcer cette décharge. La décharge, une fois donnée, lie tous les actionnaires.

Mais pour qu'elle soit valable, il faut que le bilan soit « sincère, complet, sans réticences ». S'il y a eu violation des statuts, la convocation doit mentionner que l'on votera sur la convenance à décharger les mandataires sociaux des conséquences de cette violation.

L'Assemblée ne peut approuver ou ratifier que pour le passé; la décharge accordée aux administrateurs (ou aux commissaires) ne les autorise pas à agir de même dans l'avenir.

« Il ne s'agit pas d'autoriser les infractions statutaires pour l'avenir et de modifier ainsi les statuts; il s'agit de faits consommés et de la réparation pécuniaire qui en peut naître. Or, entre les deux ordres d'idées il n'y a aucune identité. L'Assemblée ne peut sans doute pas plus autoriser une infraction statutaire qu'on ne peut autoriser une infraction pénale. Mais quand la violation des statuts est commise, il peut être traité sur les dommages qui en résultent aussi valablement que sur le préjudice causé par un délit. » (Cass., 31 janv. 1878, *Pas.*, 1878. 1. 99).

L'Assemblée générale ne saurait ratifier les actes contraires à la loi (Wauwermans, n° 719).

Les mandataires sociaux, si l'Assemblée générale refuse de les décharger de leur responsabilité, pourraient, en Belgique comme en France, assigner la société aux fins de quitus (Wauwermans, n° 732).

Aux termes de l'article 77, la décharge, avons-nous vu, n'est valable que si elle n'a pas été obtenue par le fait d'affirmations fausses, de réticences ou d'omissions (Cass., 21 mai 1909, *Pas.*, 1909. 1. 256). Elle ne vaut que quand elle est donnée en connaissance de cause (Trib. Liège, 13 mai 1876, *Pas.*, 1876. 3. 295).

« Si les administrateurs, par un accord avec les commissaires ou par la négligence de ceux-ci, sont parvenus à faire accepter un bilan dissimulant l'état vrai des affaires sociales, il est certain que l'approbation perd toute sa force. » (Perinex, Rapport, 9 fév. 1886; Guillery, *Commentaire législatif*, II, p. 95).

Action en responsabilité contre les mandataires sociaux. — Comme en France, il faut distinguer soigneusement l'action sociale de l'action individuelle.

Nous retrouvons, relativement à la possibilité pour les actionnaires d'intenter *ut singuli* l'action sociale, la même controverse qu'en France. Lorsque la société se refuse à intenter l'action sociale contre les mandataires sociaux, les actionnaires ne peuvent-ils agir? Certaines décisions l'admettent (Audenarde, 11 juill. 1878, *Pas.*, 1879. 3. 171; Liège, 16 janv. 1890, *Pas.*, 1890. 2. 226). Mais la jurisprudence belge est définitivement fixée en sens inverse.

Donc, en Belgique, les actionnaires ne peuvent exercer *ut singuli* l'action sociale.

« Pour tout ce qui concerne l'exécution du mandat et les fautes de gestion, les administrateurs ne sont responsables, conformément au droit commun, qu'envers la société.

» L'action en responsabilité, de ce chef, est exclusivement sociale. » (Cass., 21 mai 1909, *Pas.*, 1909. 1. 264).

« On ne peut comprendre comment l'inaction de la société investirait d'un droit l'actionnaire. Il faudrait qu'un texte de loi lui accordât cette action. » (Conclusions de M. Mesdach de Terkiele, *Pas.*, 1878, 1. 100).

« Si les administrateurs de la société ne poursuivent pas les responsabilités encourues et, *a fortiori*, ne vident point les réserves faites par les actionnaires, ils commettent eux-mêmes une autre faute de gestion et engagent leur responsabilité personnelle. L'Assemblée pourra provoquer les mesures pour vaincre et punir leur inertie. Mais il n'existe pas, de ce chef, un droit propre ouvert au profit des actionnaires. Ils ne peuvent être présumés se l'être réservé à titre personnel ou en avoir prévu la restitution en prévision d'une telle éventualité.

« C'est précisément parce que les actionnaires n'ont pas ce droit individuel que l'article 66 prévoit la possibilité d'instituer des mandataires spéciaux aux fins de l'exercer au profit de l'universalité. » (Wauwermans, n° 388).

Les créanciers sociaux ont le droit d'invoquer de simples fautes de gestion pour faire prononcer à leur profit la responsabilité des mandataires sociaux s'ils exercent l'action oblique de l'article 1166 du Code civil et agissent au nom de leur débitrice.

Mais leur action n'est plus recevable quand l'Assemblée a épuisé le droit par ratification directe ou indirecte ou décharge.

Ainsi, la Belgique n'admet pas l'action sociale *ut singuli* au profit des actionnaires ; néanmoins, il est en Belgique des cas complexes où il existe une action à la fois au profit de la société et des actionnaires. « Les actionnaires n'ont adhéré au contrat social, n'ont entendu associer leurs capitaux et abdiquer, pour la gestion des intérêts communs, leur personnalité et leur volonté, qu'à raison et dans les limites de l'observance de la loi commune, librement acceptée par tous et à laquelle les administrateurs se sont engagés à rester fidèles vis-à-vis des associés en vertu du pacte social et de l'acceptation de leurs fonctions. » (Cass., 21 mai 1909, *Pas.*, 1909. 1. 256).

Ainsi, une violation des statuts et de la loi fait naître à la fois une action sociale au profit de la société et une action individuelle au profit de chacun des actionnaires.

Néanmoins, en vertu de l'article 77 de la loi belge, les actionnaires sont aujourd'hui dépouillés de leur action personnelle lorsque l'Assemblée générale, réunie par convocations indiquant qu'il sera statué sur les infractions aux statuts commises par les mandataires sociaux, décide de décharger lesdits mandataires de leur responsabilité. Nous avons vu qu'il n'y a en France aucun texte à ce sujet et que l'on discute sur le point de savoir si, contrairement à la solution adoptée pour l'exercice de l'action sociale *ut singuli*, il faut, lorsqu'il y a violation des statuts, conserver leur action aux actionnaires en dépit d'une décision de l'Assemblée générale déchargeant les mandataires sociaux de leur responsabilité.

En France comme en Belgique, la décharge prononcée par l'Assemblée générale éteint l'action sociale. Nous avons vu plus haut à quelles conditions cette décharge est, dans la loi belge, considérée comme valable. La transaction éteint également l'action sociale.

L'action en responsabilité délictuelle, que les personnes lésées soient des associés ou des tiers, ne peut aucunement être affectée par les décisions de l'Assemblée générale. Sur ce point, il en est de même en Belgique qu'en France.

Une solution particulière à la loi belge est celle de l'article 62 que nous avons déjà signalée. Aux termes du deuxième alinéa dudit article, les mandataires sociaux sont solidairement responsables vis-à-vis des tiers des infractions à la loi ou aux statuts sociaux.

Dans ce cas, les tiers ont donc une action en responsabilité à l'encontre des mandataires sociaux. Qui sont ces tiers? « Ce sont ceux qui ont traité avec la société sur la foi des garanties résultant de la loi et des statuts, c'est-à-dire les créanciers et non les personnes qui étaient absolument étrangères à l'être moral lorsqu'elles contractaient : ainsi les acheteurs d'actions. » (Wauwermans, n° 392. — V. Liège, 12 mars 1913, *Jurisprudence de la Cour de Liège*, 1913, p. 149).

Cette disposition de l'article 62 exceptée, la Belgique n'a

rien ajouté à la législation française relativement à la responsabilité délictuelle des mandataires sociaux.

Pour en terminer avec les dispositions de la loi belge sur les commissaires de surveillance, nous avons à examiner l'article 69, aux termes duquel « les commissaires fournissent en actions de la société le cautionnement fixé par les statuts ». Le législateur belge, contrairement au législateur français, a pensé, en effet, qu'il est utile de tenir en éveil les commissaires en leur demandant de fournir un cautionnement. Ce cautionnement consiste en un certain nombre d'actions de la société, nombre fixé par les statuts.

Conformément au deuxième alinéa de l'article 69 :

« 1° Les actions de cautionnement doivent être rendues nominatives et inscrites avec mention d'affectation, par privilège, à la garantie des devoirs de la charge ;

» 2° Le montant et la nature du cautionnement peuvent être, à toute époque, majorés par l'Assemblée générale ;

» 3° Les commissaires en défaut de déposer le cautionnement dans le mois sont réputés démissionnaires (Bruxelles, 11 déc. 1899, *Revue pratique des sociétés*, 1900, p. 295). Il peut découler de ce fait des devoirs particuliers pour le conseil, puisque l'article 64 exigerait la convocation immédiate de l'Assemblée générale, si le nombre des commissaires était réduit de plus de moitié, à raison de cette omission de dépôt. » (Wauwermans, n° 457).

Telles sont, brièvement résumées, les principales dispositions de la loi belge, relativement aux commissaires de surveillance dans les sociétés anonymes.

Dérivée de la législation française, la législation belge est mieux étudiée et beaucoup plus complète que la nôtre. Bien de ses dispositions mériteraient de passer dans notre loi, en particulier les garanties accordées aux minorités, le droit de contrôle permanent donné aux commissaires, la faculté pour eux de s'adjoindre un expert aux fins d'examen de la situation sociale.

CHAPITRE II

Les commissaires de surveillance en Allemagne.

Aux termes de l'article 243 du Code de commerce nouveau, la surveillance dans les sociétés anonymes allemandes est exercée par un conseil de surveillance. Ce conseil de surveillance « se compose d'au moins trois membres qui ne sont pas nécessairement des actionnaires. Ils sont toujours nommés par l'Assemblée générale et pour cinq ans au plus » (Cosack, t. III, p. 162 et 163).

Ainsi, comme en France, et toujours pour ne pas écarter des fonctions de commissaires des personnalités compétentes qui ne font pas partie de la société, les commissaires de surveillance ne sont pas, en Allemagne, nécessairement actionnaires.

Mais, dispositions qu'on ne retrouve pas chez nous, en Allemagne, les commissaires doivent être au moins au nombre de trois, alors qu'en France la loi ne fixe pas de nombre minimum et ils sont élus au maximum pour cinq ans, alors qu'en France ils ne peuvent être élus pour plus d'un an.

En Allemagne, comme en France, les commissaires sont rééligibles.

D'après la loi allemande, les commissaires sont toujours désignés par l'Assemblée générale; par conséquent, ici, le président du tribunal de commerce n'intervient jamais et si l'Assemblée a omis d'élire les commissaires, on doit la convoquer à nouveau.

D'autre part, et pas plus qu'en France, les membres du conseil de surveillance ne pourraient être désignés par les statuts.

Pour assurer l'indépendance des commissaires et la séparation absolue des fonctions de direction et de contrôle, on décide, en Allemagne, que « les membres du conseil de surveillance ne peuvent être en même temps membres de la direction, ni conduire les affaires sociales en qualité d'employés » (Cosack, t. III, p. 163. — V. aussi C. comm. nouv., art. 248). Néanmoins, en Allemagne, la séparation n'est pas aussi absolue qu'en France entre le contrôle et la direction. En vertu de l'article 248 du Code de commerce nouveau, le conseil de surveillance peut, en effet, pour une période déterminée à l'avance, nommer certains de ses membres en qualité de suppléants, à la place d'administrateurs empêchés.

Toutefois, la confusion entre les contrôleurs et les contrôlés est évitée par la défense qui est faite au suppléant de siéger au conseil de surveillance jusqu'au moment où il est relevé de sa nouvelle fonction (V. Cosack, t. III, p. 163).

Les membres du conseil d'administration, lorsqu'ils vont cesser d'en faire partie, ne peuvent pas non plus être élus au conseil de surveillance avant d'avoir été relevés de leur ancienne fonction (C. comm. nouv., art. 248. — V. aussi Cosack, t. III, p. 163).

Nommés par l'Assemblée générale, les commissaires de surveillance, en Allemagne comme en France, peuvent, en tout temps et en toute liberté, être destitués par ladite Assemblée; néanmoins, s'il n'y a dans les statuts aucune disposition contraire, il faut, en Allemagne, que cette destitution soit prononcée à une majorité des trois quarts des voix (C. comm. nouv., art. 243; Cosack, § 116, II, 3, p. 163).

L'Allemagne a soumis à un régime spécial le premier conseil de surveillance d'une société nouvellement fondée, ceci à raison de l'influence prépondérante exercée par les

fondateurs dans leur désignation (V. Cosack, *ibid.*). En Allemagne, en effet, lorsqu'il y a constitution simultanée d'une société, c'est-à-dire prise en charge de toutes les actions par les fondateurs, ceux-ci, dès après la prise en charge, doivent, par une résolution unanime et par acte judiciaire ou notarié, choisir le premier conseil de surveillance de la société par actions (V. Cosack, t. III, § 115, II, 1-c, p. 136).

Dans le cas de constitution échelonnée, c'est-à-dire par appel au public, l'élection n'est plus faite exclusivement par les fondateurs, mais par tous les actionnaires convoqués en Assemblée générale (C. comm. nouv., art. 190). Néanmoins, les fondateurs ont, en fait, une influence profonde sur l'Assemblée et généralement les membres du conseil de surveillance sont choisis parmi eux. Étant donné cet état de fait, le premier conseil de surveillance « doit commencer par mériter la confiance de la société » (Cosack, t. III, § 116, II, 3, p. 163).

Pour cette raison : 1° les noms de ses membres doivent être publiés par le tribunal du registre ; 2° il ne peut être élu que pour un an ; 3° une rémunération ne peut lui être accordée qu'après l'expiration de la période pour laquelle il est élu et par l'Assemblée générale seulement (V. C. comm. nouv., art. 199, n° 4, 243, al. 2 ; 245, al. 3).

Pour les conseils de surveillance autres que le premier, la rémunération est fixée par une convention (Déc. trib. comm. sup., 19, n° 98 ; 22, n° 63 ; Déc. Reichsger., 22, p. 35). « A ce point de vue ils ont, en cas de faillite, droit de préférence, conformément à l'article 61-1° de la loi ou ordonnance sur la faillite. » (Cosack, t. III, § 116, 3, 2-a, p. 155).

Le plus souvent, la rémunération du conseil de surveillance réside dans une part des bénéfices annuels, appelée en allemand « tantième ». « Cette part ne doit être calculée que comme part dans les bénéfices nets, de la même manière que le dividende des actionnaires, et non point, par suite, sur les excédents réalisés par un seul exercice pris en soi.

Dans la fixation de la part de bénéfice des membres du comité de surveillance, il faut même, tout d'abord, déduire des bénéfices nets un dividende d'au moins 4 p. 100 en faveur des actionnaires. » (Cosack, t. III, § 118, V, 2, p. 221. — V. aussi C. comm. nouv., art. 237 et 245).

Nous avons vu que l'on dépose au registre du commerce les noms des membres du premier conseil de surveillance.

Si, postérieurement, des changements interviennent dans la composition du conseil, ces changements doivent être également portés à la connaissance du registre du commerce. En résumé, « toute modification dans le personnel des membres du conseil de surveillance doit être publiée sans retard dans les journaux de la société par les soins de la direction, et la publication doit être déposée au registre du commerce » (Cosack, § 116, II, 1, p. 163; C. comm. nouv., art. 244).

Attributions des commissaires. — Le conseil de surveillance contrôle la gestion de la direction (C. comm. nouv., art. 246). A cette fin, les commissaires peuvent « examiner les livres de commerce et les papiers, les caisses et les états de marchandises de la société » (Cosack, t. III, § 116, II, 4, p. 164). Ils ont le droit de faire des observations au conseil d'administration et celui-ci doit en tenir compte. « Au cas contraire, le conseil de surveillance peut convoquer une Assemblée générale pour destituer la direction, intenter une action contre elle, faire prendre contre elle des mesures provisoires; il peut même la destituer lui-même, si c'est lui qui possède le droit de la nommer. » (Cosack, *ibid.*). La plupart du temps, en effet, la direction (c'est-à-dire le conseil d'administration) est nommée par le conseil de surveillance; ce n'est que rarement que l'Assemblée le désigne (V. Cosack, t. III, § 116, I, p. 153). Ceci montre bien toute la différence qui sépare en la matière les législations française et allemande. Là, les commissaires sont des fonctionnaires sociaux à la dévotion du conseil d'administration qui, en fait, sont sous

ses ordres et qui, dans tous les cas, paraissent d'une importance bien mesquine à côté des puissants administrateurs; ici, au contraire, les commissaires marchent de pair avec les administrateurs; bien plus, ils ont souvent le pas sur eux, car c'est la plupart du temps par le conseil de surveillance que la direction est désignée. Et comme dans toute législation, au delà des textes, il y a l'esprit dans lequel ces textes sont appliqués, il est facile de se rendre compte du fossé qui sépare les lois française et allemande. A des fonctionnaires mal payés, regardés comme un mal nécessaire et dont la charge est tenue la plupart du temps pour inutile, on a tendance à rogner les maigres attributions que la loi leur accorde.

Au contraire, des contrôleurs, dotés par la loi de larges pouvoirs, sont regardés comme des personnalités avec lesquelles il faut compter et, naturellement, on leur donne des droits encore plus étendus que ceux qui leur ont été conférés par les textes.

Dans les attributions particulières du conseil de surveillance en Allemagne, entre le consentement à l'aliénation d'actions nominatives et à la nomination de fondés de procuration (V. C. comm. nouv., art. 238). Les statuts peuvent étendre encore ces dispositions (C. comm. nouv., art. 246). « Ils peuvent prescrire, par exemple, que le conseil de surveillance nomme et destitue les membres de la direction que la conclusion des opérations de crédit n'aura lieu qu'avec son assentiment. » (Cosack, t. III, § 116, II, 4-b, p. 164). « De même, les statuts peuvent faire dépendre l'extension du pouvoir de représentation des administrateurs d'un ordre du conseil de surveillance, ordre qui, naturellement, devrait être notifié au registre du commerce. » (Cosack, t. III, § 116, III, 4-b, p. 161). « Par contre, les actes qui entrent en soi dans les attributions de la direction ne peuvent pas être transférés au conseil de surveillance pour qu'il les conclue d'une manière autonome; il faudrait, au cas contraire, nommer,

pour le contrôler lui-même, un conseil de surveillance supérieur. » (Cosack, t. III, p. 164).

L'Assemblée générale des actionnaires est généralement convoquée par la direction. Néanmoins, le conseil de surveillance a le pouvoir de la réunir quand il le juge nécessaire, sans avoir, comme en France, à justifier qu'il y a urgence à effectuer cette convocation. Direction et conseil de surveillance doivent convoquer l'Assemblée quand ils sont requis de le faire par des actionnaires dont les actions réunies s'élèvent à un vingtième du capital social (V. C. comm. nouv., art. 253). Le ou les requérants doivent indiquer par écrit les motifs de leur requête, et si la direction ou le conseil de surveillance ne donnent pas suite à la requête, le tribunal peut octroyer aux requérants le pouvoir de convoquer eux-mêmes l'Assemblée (C. comm. nouv., art. 253, 246 et 254).

« Les statuts ne peuvent pas affaiblir ce droit des minorités, mais ils peuvent le renforcer en l'attribuant, par exemple, à une simple minorité d'un centième. » (Cosack, t. III, § 116, IV, 2, p. 167).

D'ailleurs, le tribunal, lorsque la minorité d'un vingtième le requiert de lui accorder le droit de convoquer l'Assemblée, peut accorder ou refuser ce droit. La loi lui donne pleine liberté à ce sujet (V. Cosack, *ibid.*).

La loi allemande a donné au conseil de surveillance, conjointement avec la direction, le droit de demander en justice l'annulation des décisions prises par l'Assemblée générale lorsque ces décisions sont de celles que la loi déclare annulables (Anfechtbar) (V. C. comm. nouv., art. 271). Il en est, par exemple, ainsi pour les résolutions qui vont à l'encontre de certaines règles obligatoires ou à l'encontre des statuts sociaux (car lorsqu'elle veut écarter les statuts, l'Assemblée doit d'abord les modifier suivant la procédure spéciale instituée à cet effet par la loi) (V. Cosack, t. III, § 116, IV, 6, p. 170 et 171).

Cette action en annulation doit être intentée dans le délai

d'un mois à compter du jour de la résolution. C'est la société qui figure le défendeur. Elle est représentée par la direction et le conseil de surveillance — par ce dernier seulement lorsque c'est la direction qui intente l'action — enfin par des fondés de pouvoirs particuliers, lorsque l'action est intentée à la fois par la direction et par le conseil de surveillance (C. comm. nouv., art. 272).

Comme en France, le conseil de surveillance documente l'Assemblée générale annuelle sur le bilan et les comptes sociaux. A cet effet, « la direction doit, dans les trois premiers mois de l'exercice, présenter au comité de surveillance, puis (avec les remarques du conseil de surveillance) à l'Assemblée générale, un bilan de l'exercice précédent, un état des bénéfices et des pertes et un rapport sur la situation des affaires. Les statuts peuvent étendre jusqu'à six mois au plus ce délai de trois mois. Bilan, état et rapport doivent être, pendant quinze jours au moins, mis à la disposition des actionnaires dans les locaux commerciaux de la société; en outre, une copie doit être gratuitement communiquée à tout actionnaire en particulier qui en fait la demande » (Cosack, t. III, § 118, I, 1, p. 203. — V. aussi C. comm. nouv., art. 260 et suiv.). Ainsi, la loi allemande fixe le délai maximum dans lequel l'Assemblée générale doit se prononcer sur le bilan de l'exercice écoulé. Ce délai ne peut jamais excéder six mois. C'est là une disposition dont nous ne retrouvons pas l'équivalent dans notre législation. Par contre, la loi allemande ne fixe pas le délai minimum dans lequel le bilan et les pièces comptables doivent être mises à la disposition des commissaires. Cela tient sans doute au fait que les pouvoirs des commissaires étant très étendus, ils peuvent, quand ils les désirent, exiger ces pièces de la direction. En Allemagne, comme en France, c'est au minimum quinze jours avant l'Assemblée que l'on met diverses pièces à la disposition des actionnaires. D'après la législation allemande, ces pièces sont : le bilan, l'état des bénéfices et des pertes, le rapport de la

direction. Nous n'y voyons pas figurer le rapport des commissaires. Mais, en fait, ce n'est qu'après leur approbation par les commissaires que ces pièces sont mises à la disposition des actionnaires.

En Allemagne, les commissaires de surveillance jouent, en outre, un rôle important dans la constitution de la société.

Nous avons vu que des commissaires sont choisis par les fondateurs en cas de constitution simultanée, par les actionnaires en cas de constitution échelonnée dès après la réunion du capital social. Les commissaires ainsi désignés doivent procéder à un examen de la procédure de la constitution. Ils doivent, en particulier, examiner si toutes les actions ont été souscrites et si les paiements réclamés à leur sujet ont été réellement effectués (V. Cosack, t. III, § 115, II, 1-c, p. 137).

Néanmoins, au cas très fréquent où l'un des membres du conseil de surveillance « est en même temps fondateur de la société, ou bien s'est réservé, soit un avantage particulier, soit une indemnité pour la fondation ou les démarches préparatoires, il doit être procédé, en outre, à un examen par deux réviseurs (Revisoren) au moins; ces réviseurs sont spécialement nommés pour chaque cas particulier, et le sont, en règle générale, par l'organe chargé de représenter la classe des commerçants, par exemple, en Prusse, par les chambres de commerce et, en l'absence d'un organe de ce genre, par le tribunal.

Le résultat de l'examen doit être résumé dans un « rapport sur la constitution » (Gründungsgutachten) rédigé par écrit (Cosack, t. III, § 115, II, 1-e, p. 137. — V. aussi C. comm. nouv., art. 192 et 193). Pour permettre aux réviseurs d'établir leur rapport en pleine connaissance de cause, les fondateurs doivent leur fournir tous les renseignements relatifs à la constitution.

Quand les réviseurs estiment que les renseignements donnés sont insuffisants, ils en réfèrent à l'organe qui les a désignés; c'est cet organe qui décide en dernier ressort, et tant

que les fondateurs se refusent à se conformer à cette décision, les reviseurs doivent se refuser à dresser leur rapport, ce qui a pour résultat d'empêcher la constitution définitive de la société (V. C. comm. nouv., art. 194).

L'organe qui désigne les reviseurs a, étant donné le silence de la loi, pleine liberté pour choisir les reviseurs; il fixe également leurs honoraires (V. C. comm. nouv., art. 194. — V. aussi Cosack, t. III, § 115, II, 1-e, p. 138).

La notification de la société au registre du commerce doit être effectuée par les membres de la direction et du conseil de surveillance. Les notifiants doivent déposer toutes « les pièces nécessaires pour faire connaître la procédure de la constitution (les statuts, le rapport des reviseurs, etc.) » (Cosack, *ibid.*). Ils sont également obligés de déclarer que le versement exigible sur chaque action a bien été effectué et se trouve en la possession de la direction (C. comm. nouv., art. 195).

Lorsque les statuts ne contiennent pas certaines dispositions déclarées essentielles par la loi, la société existe en droit si, par mégarde, elle a été inscrite au registre du commerce, mais chaque actionnaire, ainsi que chaque membre de la direction et du conseil de surveillance peut en demander la nullité devant le tribunal. La procédure est la même que celle que nous avons vue précédemment pour la demande d'annulation d'une résolution de l'Assemblée générale (C. comm. nouv., art. 309).

En cas de « constitutions ultérieures » (Nachgründungen), c'est-à-dire de contrats passés dans les deux premières années suivant l'inscription de la société et par lesquels la société acquiert des établissements d'exploitation ou des immeubles pour une somme dépassant un dixième du capital constitutif, l'Assemblée générale doit donner son approbation.

Le conseil de surveillance doit documenter l'Assemblée par un rapport sur la question, et ce avant qu'il soit procédé au vote (V. C. comm. nouv., art. 207).

Le rôle que joue le conseil de surveillance ne se limite pas à la période de constitution et à la période de fonctionnement de la société. Il se poursuit pendant la période de liquidation. La liquidation est, en principe, dirigée par la direction dont les membres prennent, dès lors, le titre de liquidateurs.

« Toutefois, elle peut être confiée à d'autres personnes par les statuts ou par une décision de l'Assemblée générale prise à la requête du comité de surveillance. » (Cosack, t. III, § 119, II, 1, p. 224). Les liquidateurs peuvent, en tout temps, être destitués par l'Assemblée générale; ils peuvent l'être aussi par le tribunal à la requête du conseil de surveillance (C. comm. nouv., art. 296).

Le comité de surveillance contrôle les actes des liquidateurs (C. comm. nouv., art. 298).

En outre, « direction, comité de surveillance et Assemblée générale restent en fonctions, même pendant la faillite, aussi longtemps qu'une représentation du débiteur commun est nécessaire » (Cosack, t. III, § 119, III, 5, p. 232. — V. encore Déc. Trib. comm. sup., 19, n° 69; Déc. Reichsger, 14, p. 418).

L'Assemblée générale est supérieure aux statuts, en ce sens qu'elle peut les modifier (C. comm. nouv., art. 274). Mais la direction et le comité de surveillance sont soumis aux statuts. Aux termes du Code de commerce nouveau, article 274, « le comité de surveillance ne peut procéder qu'à des modifications de rédaction pure; encore faut-il qu'il y soit spécialement autorisé par l'Assemblée générale » (V. Cosack, t. III, § 120, II, 1-a, p. 237).

Si la société augmente son capital, la décision d'augmentation doit être notifiée au registre du commerce, tout comme la constitution de la société, par la direction et le comité de surveillance (C. comm. nouv., art. 280).

Tous les membres du conseil de surveillance doivent, en principe, collaborer à toute décision prise par le conseil;

chaque membre est responsable des décisions prises « et aucun d'eux n'est dégagé par le fait que les autres membres auraient constitué une majorité contre lui. Toutefois, les statuts ou une décision de l'Assemblée générale peuvent répartir les affaires entre chacun des membres en particulier et dans les limites habituelles du commerce et le conseil pourrait procéder lui-même à cette répartition pour les affaires courantes ordinaires. Dans ce cas, chaque membre n'est responsable que pour les branches de la gestion qui lui ont été attribuées. Cependant, il doit au moins surveiller la gestion des autres membres » (Cosack, t. III, § 116, I, 3-b, p. 159. — V. aussi *ibid.*, II, 4-c, p. 164 et 165).

Aucun membre du conseil de surveillance ne peut remettre à une personne autre qu'un membre l'exercice de ses attributions (C. comm. nouv., art. 246).

RESPONSABILITÉ DES COMMISSAIRES.

A. *Responsabilité engendrée par la constitution.* — Les membres de la direction et du comité de surveillance sont responsables à titre de codébiteurs solidaires lorsque, dans l'examen qui leur incombe de la marche de la constitution, ils ont manifestement violé les obligations d'un commerçant sérieux. Néanmoins, on ne pourrait les mettre en cause que lorsqu'on n'a pu obtenir aucune indemnité, ni de la part de leurs fondateurs et de leurs complices, ni de la part des maisons d'émission (V. C. comm. nouv., art. 204). La loi allemande déclare complices des fondateurs : 1° ceux qui ont reçu comme fondateurs une rémunération tenue secrète, si, au moment où ils l'ont reçue, ils devaient, d'après les circonstances, savoir que la dissimulation avait déjà eu lieu ou était en projet (C. comm. nouv., art. 202); 2° les tiers qui, en acceptant des apports ont sciemment contribué à la dissimulation de la rémunération d'un fondateur ou à un préjudice causé dolosivement à la société (C. comm. nouv., art. 202).

Par maisons d'émission, il faut entendre les maisons de banque qui ont placé les actions dans le public. Elles sont responsables quand elles ont connu les abus commis par les fondateurs ou qu'elles auraient dû les connaître si leur vigilance avait été celle d'hommes d'affaires sérieux (C. comm. nouv., art. 203).

Les commissaires, avons-nous vu, ne peuvent être mis en cause qu'après les fondateurs, les complices des fondateurs et les maisons d'émission. Ils sont donc tenus de dénoncer les fautes des fondateurs. Par suite, il est intéressant de savoir à raison de quelles fautes les fondateurs sont déclarés coupables. On distingue deux chefs de responsabilité pour les fondateurs :

a) « Les fondateurs sont responsables de toutes les fautes commises, lorsque, en vue de la déclaration de la société au registre du commerce, ils fournissent des indications fausses ou incomplètes : au sujet de la souscription des actions, des versements effectués sur les actions, de l'une des stipulations dangereuses caractéristiques de la « constitution qualifiée. » (On désigne de la sorte la constitution où il est spécifié, soit un avantage particulier en faveur d'un actionnaire, soit l'autorisation donnée à un actionnaire d'effectuer sur ses actions d'autres versements qu'en numéraire, soit l'obligation pour la société, avant même que sa constitution soit définitive, de reprendre de n'importe qui, soit d'un actionnaire, soit d'une personne étrangère à la société, n'importe quels objets ou d'autres éléments de patrimoine, soit l'obligation pour la société de payer une rémunération pour la fondation ou simplement de rembourser les dépenses. — Pour plus de renseignements, V. Cosack, t. III, § 115, III, 1, p. 144) ;

b) « Les fondateurs sont responsables à raison de leurs agissements frauduleux (bösllich) (dol et négligence tout à fait grossière) lorsqu'ils portent préjudice à la société en acceptant pour elle certains éléments de patrimoine. » (V. Cosack, § 121, 1-a et b, p. 251, 252 et 253).

Ainsi les commissaires et les membres de la direction sont responsables lorsqu'ils n'ont pas dénoncé les fautes des fondateurs, si du moins ces fautes avaient pu être discernées par un commerçant sérieux.

B. *Responsabilité découlant du fonctionnement et de la liquidation de la société.* — Les commissaires de surveillance sont responsables si, dans l'accomplissement des devoirs inhérents à leur charge, ils ne procèdent pas avec la diligence d'hommes d'affaires sérieux (C. comm. nouv., art. 249). Il appartient aux tribunaux, suivant les cas d'espèces, de dire si les commissaires ont agi en « hommes d'affaires sérieux ». Quiconque les poursuit doit prouver qu'ils ont causé un préjudice à la société, c'est ensuite à eux à se justifier en prouvant qu'ils ne sont nullement coupables de ce préjudice (Déc. Reichsger., 13, p. 46; 18, p. 74; 35, p. 83). Tous les coupables sont responsables à titre de codébiteurs solidaires (C. comm. nouv., art. 249). Ainsi, en Allemagne, la solidarité est de règle, alors qu'en France, ainsi que nous l'avons vu, elle est l'exception.

C. *Montant de l'indemnité due.* — En principe, les membres du conseil de surveillance responsables doivent réparer le préjudice causé tant par eux-mêmes que par ceux avec lesquels ils sont solidairement tenus (Déc. Reichsger., 26, p. 42).

D. *Personnes ayant droit à indemnité.* — En principe, c'est la société. Dans certains cas, ce sont aussi les créanciers de la société (V. Cosack, § 121, IV).

a) *La société.* — Elle est représentée dans l'action intentée contre les commissaires de surveillance par des fondés de pouvoirs spéciaux (C. comm. nouv., art. 247). Contre la direction, c'est le conseil de surveillance ou des fondés de pouvoirs spéciaux qui représentent la société.

La société est obligée de poursuivre les commissaires et généralement les mandataires sociaux quand l'Assemblée générale le décide à la majorité simple, ou à la requête

d'une minorité possédant au moins un dixième du capital. Il faut néanmoins que le ou les actionnaires composant cette minorité soient en possession de leurs actions depuis au moins six mois. De plus, la minorité doit effectivement intenter l'action dans un délai de trois mois après l'Assemblée générale où elle a requis cette action; elle doit, en outre, déposer ses actions pendant la durée du procès et rembourser à la société les frais du procès (C. comm. nouv., art. 268 et 269). Ainsi l'action doit être intentée si l'Assemblée générale en décide ainsi, mais il est des cas où une décision de l'Assemblée générale n'est pas nécessaire pour que l'action puisse être intentée; il en est ainsi quand la minorité d'un dixième poursuit les commissaires; elle n'a pas besoin d'obtenir, à cet effet, l'autorisation de l'Assemblée générale (V. Cosack, t. III, § 121, IV, 1-b, p. 258 et 259). Quant à l'actionnaire pris isolément, il ne peut, lorsqu'il ne dispose pas de plus d'un dixième du capital social, qu'intervenir dans le procès de la société à titre de « Nebenintervenient ». « Il doit donc, si la société refuse absolument d'intenter l'action, subir en patience les dommages causés à la société par les fondateurs, la direction et le comité de surveillance, même s'ils sont le résultat des agissements les plus frauduleux. » (Cosack, *ibid.*, 1-c, p. 259). Il n'y a donc pas en Allemagne de possibilité pour l'actionnaire d'intenter *ut singuli* l'action sociale.

Dans le cas de délit ou de quasi-délit commis par les mandataires sociaux vis-à-vis d'un ou de plusieurs actionnaires, ceux-ci ont-ils contre les coupables une action personnelle?

D'après Cosack (t. III, § 121, IV, 1-c, p. 259), dans certaines circonstances, « l'actionnaire pris isolément peut tout au moins réclamer à la société la réparation du dommage subi par lui personnellement, notamment lorsqu'il est lésé dans ses droits particuliers ».

Il en est ainsi, par exemple, quand il s'agit d'une vente conclue par l'actionnaire avec la société. « Toutefois, ce droit disparaît en tout cas lorsqu'il y a tromperie de la part des

fondateurs, car la société n'est pas responsable de ces tromperies; si elle refuse d'actionner les fondateurs, l'actionnaire isolé n'a donc aucun recours. » (Cosack, *ibid.*). Il semblerait résulter de là que l'actionnaire, en cas de délit ou de quasi-délit de la part des mandataires sociaux, n'aurait pas d'action individuelle. Cette solution est par trop inique pour qu'il soit possible de l'admettre.

Les commissaires ne sauraient être poursuivis après la dissolution de la société par les actionnaires agissant isolément. Le montant définitif de leur dette a été fixé au moment de la liquidation et les actionnaires qui persisteraient à exercer leur droit à indemnité devraient requérir du tribunal la réouverture de la liquidation (V. Cosack, *ibid.*, p. 260).

b) *Les créanciers sociaux*. — En principe, les créanciers sociaux n'ont pas un droit personnel à indemnité quand un préjudice a été causé par la négligence des commissaires au patrimoine social. En cas de faillite de la société, ils peuvent seulement donner au curateur de la faillite « mission de faire valoir les droits à indemnité possédés par la société, ou bien, s'il n'y a pas faillite, se faire transmettre par exécution forcée les droits à indemnité que possède la société. Mais dans les deux cas ce sont les droits de la société qui sont exercés; les créanciers sont donc exposés à toutes les exceptions que le débiteur peut opposer à la société. Les créanciers de la société ne sont pas, en effet, en relations juridiques directes avec les personnes dont l'obligation d'indemnité est en cause et ne peuvent donc pas non plus les actionner directement » (Cosack, *ibid.*, p. 260). Cette règle s'applique sans exception aux droits engendrés par la constitution de la société (Déc. Reichsger., 5, p. 24), mais il n'en est pas ainsi pour les droits nés de l'administration et de la liquidation. Lorsque les commissaires laissent sciemment la direction ou les liquidateurs prescrire fautivement une diminution illégale du patrimoine social, ils sont, en effet, directement tenus vis-à-vis des créanciers sociaux. Ce droit existe même lorsque l'Assemblée

générale a prescrit expressément à la direction la diminution du patrimoine social ou bien lorsque la société a renoncé à ses droits à indemnité (V. C. comm. nouv., art. 241, 248, 249). Par contre, lorsque le coupable a déjà réparé le dommage causé à la société, le créancier n'a plus d'action, car la réparation supprime le dommage subi par les créanciers.

D'après Cosack (t. III, § 121, IV, 2^e c, p. 261 et 262), les organes de la société ne sont pas cependant responsables envers les créanciers sociaux, à raison de chaque sorte de diminution fautive du patrimoine social. Ils ne doivent indemnité aux créanciers sociaux que dans les cas suivants : 1^o lorsque des apports sont illégalement restitués aux actionnaires ; 2^o lorsque des intérêts ou dividendes sont illégalement distribués aux actionnaires ; 3^o lorsque la société acquiert, accepte en gage ou recouvre illégalement ses propres actions ; 4^o lorsque des titres d'actions sont établis sous une forme illégale sur des actions dont les apports n'ont pas été intégralement versés ; 5^o lorsque le patrimoine social est réparti d'une manière illégale ou bien (au cas de fusion) est réuni d'une manière illégale avec le patrimoine d'une autre société par actions ; 6^o lorsque des paiements sont effectués à l'aide des ressources de la société, bien qu'il soit certain que la société est en suspension de paiements ou grevée d'un excédent de dettes. Il est à remarquer qu'aux termes de la loi les commissaires sont responsables lorsqu'ils savent (Wissen) et qu'ils laissent faire. Lorsqu'ils savent, et non lorsqu'ils auraient dû savoir (Wissenmüssen). Ainsi les créanciers doivent prouver que les commissaires savaient effectivement (V. Cosack, *ibid.*, p. 262).

« Le droit à indemnité n'a de valeur qu'autant que les créanciers ne peuvent obtenir de la loi aucune satisfaction, c'est-à-dire, en principe, seulement lorsque la société est déclarée en faillite. » (Cosack, *ibid.*).

On discute sur le point de savoir si chaque créancier peut agir seul sans se faire représenter par le curateur de la

faillite (En ce sens, Cosack, *ibid.* — *Contra* Déc. Reichsger., 39, p. 64).

Les créanciers postérieurs à la diminution du patrimoine social ont eux aussi un droit de créance contre les mandataires sociaux, si toutefois ils n'avaient pas connaissance de cette diminution au moment où est née leur créance (Déc. Reichsger., 5, p. 24; 19, p. 114).

Quand la société a à l'encontre des mandataires sociaux un droit à indemnité, elle ne peut transiger ou se désister de ce droit qu'à certaines conditions.

Tout d'abord, dès que dans l'Assemblée générale la majorité ou une minorité représentant le dixième du capital actions introduit une requête en vue de faire valoir la prétention, on ne peut admettre une transaction ou un désistement que lorsque cette transaction ou ce désistement sont votés par une majorité d'actionnaires possédant plus des neuf dixièmes du capital (C. comm. nouv., art. 270).

D'autre part, lorsque la prétention à indemnité se réfère à la constitution de la société, il faut que les transactions et désistements soient votés à une majorité supérieure aux quatre cinquièmes du capital social (C. comm. nouv., art. 205) (la majorité dépassant les neuf dixièmes étant toujours requise si une minorité d'un dixième demande que la société fasse valoir sa prétention à indemnité).

Même si les actionnaires sont unanimes à accorder la transaction ou le désistement, il n'est pas possible de les accorder « au cours des cinq premières années consécutives à l'inscription de la société, à moins que le débiteur de l'indemnité ne soit insolvable et ne transige avec la totalité de ses créanciers, en vue d'empêcher ou d'écarter la faillite » (Cosack, t. III, § 121, V, 4-b, p. 263).

Il y a, par exemple, renonciation au droit de demander indemnité quand l'Assemblée générale accorde « décharge » à la direction ou au conseil de surveillance après reddition des comptes (Déc. Reichsger., 13, p. 51; 18, p. 63), à moins qu'il

ne soit prouvé que cette décharge a été donnée sans connaissance de cause et est annulable pour cause d'erreur.

Le droit pour la société d'intenter une action en indemnité se prescrit par cinq ans. Ce délai court, pour les fautes relatives à la période de constitution, du jour de l'inscription de la société au registre du commerce (C. comm. nouv., art. 206); pour les autres, depuis le moment où la société subit un dommage effectif (C. comm. nouv., art. 198. — V. Cosack, *ibid.*, p. 264).

Droit pénal. — Sont punis les membres du conseil de surveillance qui agissent intentionnellement contre les intérêts de la société; qui, dans leurs rapports et exposés, donnent intentionnellement une idée fausse de la situation sociale ou dissimulent l'état véritable de la société; qui, sciemment, laissent violer les prescriptions relatives à l'émission d'actions; qui fournissent sciemment des indications fausses, soit relativement à la souscription ou au versement du capital constitutif en vue de faire inscrire au registre du commerce la constitution de la société ou une augmentation du capital constitutif, soit relativement aux conventions dangereuses dans le cas de constitution qualifiée ou relativement au prix d'émission des actions. Les pénalités peuvent être, suivant la gravité de la faute, l'amende, la prison, la perte des droits civils et politiques (C. comm. nouv., art. 312 à 318; Cosack, t. III, § 121, VIII, p. 265).

Avant d'en finir avec la législation allemande, il est bon d'examiner les droits donnés par l'Allemagne aux minorités d'actionnaires. Les actionnaires vigilants sont, en effet, généralement peu nombreux. La masse est moutonnière et incapable. Il est donc utile de donner à cette minorité intelligente les moyens de secouer l'inertie de la masse. Néanmoins, le problème est assez difficile à résoudre, car, sous prétexte de permettre aux minorités de se défendre, il ne faut pas risquer de frapper la société d'impuissance en donnant à quelques éternels mécontents le moyen de paralyser son action.

A première vue, il semble que l'étude de cette question ne devrait pas figurer ici. Néanmoins, si l'on se souvient que les commissaires sont chargés de surveiller la société pour le compte des actionnaires, on conviendra qu'il est intéressant de savoir comment les actionnaires peuvent, dans certains cas, superposer leur surveillance à celle des commissaires. D'ailleurs, nous serons extrêmement succinct sur cette question, nous bornant à signaler les principales dispositions édictées à ce sujet par la loi allemande.

Tout d'abord, nous avons vu qu'une minorité d'un vingtième du capital social peut requérir de la direction ou du conseil de surveillance, et, sur leur refus, demander au tribunal la convocation de l'Assemblée générale des actionnaires. Nous avons vu également que le tribunal est libre de donner à la demande de cette minorité telle suite qu'il juge utile.

Enfin, il a été dit que les statuts, s'ils peuvent permettre à une minorité inférieure de demander la convocation de l'Assemblée, ne pourraient aucunement affaiblir le droit conféré à la minorité en édictant, par exemple, que seule une minorité d'un dixième pourra requérir la convocation de l'Assemblée générale (V. C. comm. nouv., art. 246, 253 et 254).

L'Assemblée générale peut décider en tout temps que des reviseurs se livreront à une enquête sur telles circonstances qui se seraient présentées lors de la constitution de la société, ou de la gérance, ou de la liquidation. Elle nomme elle-même les reviseurs (C. comm. nouv., art. 267). Si, dans l'Assemblée générale, une requête tendant à cette fin a été repoussée, la minorité peut, lorsqu'elle représente un dixième du capital-actions, demander au tribunal la nomination de reviseurs.

Ce droit est soumis à certaines conditions. Il faut :

1° Que les événements à propos desquels il est demandé une enquête par reviseurs ne remontent pas à plus de deux ans ;

2° Que les requérants prouvent que dans les événements en question, il a été commis des actes d'improbité ou des violations grossières des statuts ;

3° Que les requérants possèdent leurs actions depuis au moins six mois antérieurement à l'Assemblée générale (V. C. comm. nouv., art. 266 et 267). Les requérants doivent déposer leurs actions et donner des sûretés (C. comm. nouv., art. 266 et 267). C'est l'Assemblée générale qui décide s'ils doivent supporter les frais de revision (C. comm. nouv., art. 267).

La loi allemande permet à une minorité d'un vingtième du capital social, à condition que cette minorité possède ses actions depuis au moins six mois, de requérir de l'Assemblée générale la désignation de liquidateurs. Elle lui permet aussi de demander au tribunal la destitution des liquidateurs désignés (C. comm. nouv., art. 295 et 296).

Enfin, nous avons vu que la société doit réclamer par une action judiciaire les indemnités qui lui sont dues par les mandataires sociaux si l'Assemblée générale en est requise par une minorité d'un dixième du capital social, minorité dont les membres doivent posséder leurs actions depuis six mois. Il a été vu que, dans ce dernier cas, la minorité doit intenter effectivement l'action dans un délai de trois mois après l'Assemblée générale où elle a requis cette action ; qu'elle doit déposer ses actions pendant la durée du procès et supporter les frais de ce procès (C. comm. nouv., art. 268 et 269).

Nous avons vu également que toutes transactions et désistements peuvent être empêchés ou gênés par des minorités d'un dixième du capital social (pour faits découlant du fonctionnement) et d'un cinquième du capital social (pour faits découlant de la constitution de la société).

La loi allemande donne, dans un autre cas, à la minorité d'un dixième le pouvoir d'imposer à l'Assemblée générale une solution positive. En effet, l'Assemblée générale doit ajourner toute délibération sur le bilan si une minorité dont les actions constituent un dixième du capital social demande l'ajournement en critiquant certaines parties du bilan (C. comm. nouv., art. 264 et 266).

Telles sont, très sommairement exposées, les dispositions essentielles de la loi allemande relatives aux commissaires de surveillance. Beaucoup plus riche en détails que notre loi de 1869, la législation allemande a peut être le tort de ne pas établir une discrimination assez nette entre les fonctions de commissaires et celles d'administrateurs. Peut-être y a-t-il aussi quelque danger à laisser les contrôleurs désigner les contrôlés; on tend toujours à juger avec indulgence ceux que l'on a choisis; d'autre part, il est bon que l'Assemblée générale se réserve à elle seule le droit de choisir les administrateurs. Néanmoins, la loi allemande permet, si l'on peut dire, d'intenter un procès de tendances à notre loi de 1867. Ainsi que nous l'avons déjà relevé, elle a su donner aux fonctions des commissaires le relief et la considération qui leur sont dus. Elle a accordé au conseil de surveillance des pouvoirs et une importance qui lui permettent d'exercer un contrôle efficace.

A relever aussi l'excellence des dispositions relatives aux minorités d'actionnaires. Il serait désirable de voir la loi française suivre dans cette voie la loi allemande.

De même pour la facilité de requérir la désignation de réviseurs extraordinaires.

Enfin, il convient de noter la disposition (que nous n'avons que mentionnée parce qu'elle n'entre pas dans notre sujet) par laquelle la loi allemande fait intervenir un organisme corporatif dans la désignation des « réviseurs » chargés de documenter la société sur les apports.

N'y a-t-il pas là une idée qui pourrait être appliquée avec fruit pour résoudre le problème de la désignation des commissaires ?

Au lieu de laisser, comme en France, les administrateurs s'arroger un droit de présentation manifestement contraire à l'esprit de la loi, pourquoi ne pas donner ce droit de présentation à un organisme désintéressé, aux présidents des chambres de commerce, par exemple ?

CHAPITRE III

Les commissaires de surveillance en Angleterre.

Le droit britannique est d'une étude difficile à raison de son extrême complexité. « Dès qu'on aborde l'organisation juridique d'outre-Manche, on a l'impression de pénétrer dans un monde nouveau. Alors que la plupart des législations de nos voisins ne diffèrent de la nôtre que sur des points secondaires, le droit britannique, imprégné d'un esprit purement féodal, demeure régi par des principes essentiellement distincts. Respectueux de ses institutions traditionnelles, le législateur d'outre-Manche a dû se livrer, pour les adapter aux besoins de la vie moderne, à un véritable travail de mosaïque. Et quel pittoresque bariolage dans ce vaste empire ! L'Écosse conserve sa législation bien particulière, d'origine romaine et féodale. Jersey et Guernesey pratiquent encore la très ancienne coutume de Normandie ; l'île de Man demeure attachée à des institutions scandinaves... Et, comme pour accroître encore la difficulté née de la diversité des institutions, nous nous heurtons presque partout au déconcertant dualisme de la « Common Law » et de « l'Equity »... En matière de sociétés par actions cependant, nous nous trouvons dans des conditions particulièrement favorables. Le législateur britannique s'est, depuis un demi-siècle, attaché avec une remarquable ténacité à l'étude de la question. De 1862 à 1908, il n'a pas voté moins de 17 lois sur les compagnies. Il a finalement couronné son œuvre par l'Act capital du 21 décembre 1908 (Companies

Consolidation Act). Cet Act, qui ne comprend pas moins de 296 articles, est plus qu'une loi : c'est un véritable Code.

« Bien plus, l'Act de 1908 s'applique à toute l'étendue du Royaume-Uni, à l'Angleterre, à l'Écosse et à l'Irlande » (Fernand-Laurent, Préface, p. viii).

Bien que nous ayons, en la matière qui nous occupe, un texte écrit, il est à remarquer que, dans le silence de la loi, c'est aux règles générales du droit qu'il nous faut nous référer. De ce fait, la difficulté est loin d'être absolument éliminée.

Nous n'étudierons ici que le contrôle dans la « Limited » qui est parmi les sociétés anglaises le type se rapprochant le plus de nos sociétés par actions et qui, d'ailleurs, est de beaucoup la plus répandue dans le Royaume-Uni.

L'organe chargé du contrôle dans la Limited anglaise est désigné sous le nom d'audit et fait l'objet des articles 112 et 113 de l'Act de 1908.

Bien que les statuts des sociétés prévoient généralement la nomination de commissaires (auditors) et un examen périodique des comptes, le législateur anglais a voulu, étant donnée l'importance que présente la matière, ne plus la laisser soumise à une simple convention entre les actionnaires. Aussi s'est-il départi de sa réserve habituelle et a-t-il sanctionné par un texte l'obligation pour la société de soumettre chaque année la comptabilité sociale à l'examen de l'auditor.

Aux termes du § 1 de l'article 112 du Consolidation Act de 1908, « chaque company doit, à chaque Assemblée générale annuelle, désigner un ou plusieurs auditors qui rempliront leurs fonctions jusqu'à la prochaine Assemblée générale annuelle ». Ainsi, comme en France, désignation d'un ou plusieurs commissaires pour un an. La loi anglaise ne dit pas que le ou les commissaires peuvent n'être pas actionnaires, mais étant donné le mode de recrutement des commissaires en Angleterre, il est certain que l'auditor n'a pas besoin d'être actionnaire.

En effet, l'usage s'est établi dans ce pays de choisir les « auditors » dans une société « d'une sûreté, d'une honorabilité et d'une compétence éprouvées, l'Institut Royal des comptables d'Angleterre et de Galles (Royal Institute of chartered Accountants of England and Wales). Cette société, qui n'a d'ailleurs aucun caractère officiel, doit son succès à la sévérité des conditions qu'elle met à l'admission de ses élèves et à l'excellence de l'enseignement technique qu'elle leur inculque. Rompus à la pratique des affaires et particulièrement entraînés au mécanisme des constitutions de sociétés et des liquidations commerciales, les membres de l'Institut se sont fait une spécialité de l'expertise des apports en nature. Ils jouissent auprès des tribunaux d'une autorité légitime qui donne à leurs dires un caractère en quelque sorte définitif... Leur intervention est pour les actionnaires britanniques une garantie précieuse...

» Dans l'état actuel de la législation britannique, l'intervention des chartered accountants, tant pour l'appréciation des apports en nature que pour la vérification de la comptabilité courante en qualité de commissaires, n'est pas, il est vrai, obligatoire; mais cette obligation, qui ne naît pas de la loi, résulte, dans la pratique, d'un usage si solidement établi qu'une compagnie sérieuse ne saurait aisément s'y soustraire » (Fernand-Laurent, p. 89).

Ce mode de recrutement des commissaires est une garantie précieuse pour les actionnaires, car les auditors ainsi choisis sont compétents, honorables et soustraits à toute pression des administrateurs.

Aux termes du deuxième paragraphe de l'article 112 de l'Act de consolidation de 1908, « si dans une Assemblée générale annuelle on ne désigne pas des auditors, le Board of Trade peut, sur requête de tout actionnaire de la company, en pourvoir la company d'un pour l'année courante et fixer la rémunération que la company doit lui payer pour ses services ».

A remarquer qu'en Angleterre, c'est le Board of Trade qui désigne le commissaire quand l'Assemblée a omis d'effectuer cette désignation, tandis qu'en France ce soin est donné au président du tribunal de commerce, « les administrateurs dûment appelés ». En France « tout intéressé » peut requérir la désignation des commissaires; en Angleterre, c'est « tout membre de la company » (any member of the company).

D'après le § 3 de l'article 112 précité, « un directeur ou un employé d'une société ne peut être nommé auditor de cette société ». D'autre part, le § 4 édicte qu'on ne peut désigner comme auditor une personne autre que l'auditor qui se retire si un actionnaire n'a pas notifié, au moins quatorze jours avant l'Assemblée générale, son intention de désigner cette personne pour remplir les fonctions d'auditor. La company doit envoyer une copie de cette notification à l'auditor dont les fonctions expirent et en avertir les actionnaires, soit par une annonce, soit par tout autre moyen permis par les statuts, au plus tard sept jours avant l'Assemblée générale annuelle.

Néanmoins, si l'Assemblée générale, après que notification a été faite par un actionnaire à la société de son intention de désigner telle personne pour remplir les fonctions d'auditor, est convoquée pour une date telle qu'il n'y ait pas quatorze jours entre la notification et la réunion de l'Assemblée, la notification est censée valable et la société peut faire aux actionnaires la notification prévue plus haut en même temps qu'elle convoque l'Assemblée générale.

En vertu du § 5 de l'article 112, précité, « les premiers auditors de la company peuvent être désignés par les « directeurs » avant l'Assemblée générale constitutive et assumer leurs fonctions jusqu'à la première Assemblée générale annuelle, à moins qu'ils ne soient antérieurement destitués par une résolution des actionnaires réunis en Assemblée générale, auquel cas les actionnaires peuvent, au cours même de la session de cette Assemblée générale, désigner d'autres auditors ». Ainsi l'Angleterre, contrairement à la France, auto-

rise les fondateurs à désigner les premiers auditors. Néanmoins, la destitution de ces auditors est plus facile que celle de ceux qui sont désignés par l'Assemblée générale. Il n'est pas besoin de ce préavis auquel fait allusion le § 4, précité.

Le § 6 de l'article 112 édicte que « les directors peuvent, en cas de vacance accidentelle dans les fonctions d'auditor, en désigner un, mais tant qu'une telle vacance se perpétue, le ou les auditors survivants ou restants, s'il y en a, peuvent agir ».

C'est là un pouvoir exorbitant donné par la législation anglaise aux organes chargés de la direction. Néanmoins, nous verrons que cette solution est assez en harmonie avec la conception que la législation et la jurisprudence anglaises se font des « auditors ». D'autre part, étant donné le mode de recrutement des auditors, les conséquences des pouvoirs ainsi donnés aux « directors » peuvent n'être pas préjudiciables aux actionnaires.

Le § 7 de l'article 112 traite de la rémunération des auditors :

« La rémunération des auditors d'une company peut être fixée par la company dans une Assemblée générale. Néanmoins, la rémunération des auditors désignés avant l'Assemblée générale constitutive ou en cas de vacance accidentelle, peut être fixée exceptionnellement par les directors. »

Ainsi, en règle générale, c'est l'Assemblée générale seule qui, en Angleterre comme en France, fixe la rémunération des commissaires.

Néanmoins, dans les cas exceptionnels où la loi anglaise donne aux « directors » le droit de nommer des « auditors », elle leur permet en même temps de fixer le chiffre de leur rémunération.

Attributions des auditors. — C'est ici qu'il convient de définir le rôle des auditors dans la législation anglaise.

« Les auditors », dit le juge Lindley dans l'affaire Kingston

Cotton Co (n° 2) (1896) 2 Ch. 284 (1), « sont, à mon avis, obligés de voir à quels devoirs exceptionnels ils sont assujettis par les statuts de la company dont ils ont accepté d'examiner les comptes. L'ignorance des statuts et des devoirs exceptionnels qu'ils leur imposent ne les excuse pas de ne pas les observer... Ainsi, en premier lieu, c'est aux statuts sociaux qu'il faut se référer pour déterminer les attributions et obligations exactes des auditors.

Mais s'il n'y a pas de « devoirs exceptionnels » mis à leur charge par les statuts, quels sont leurs devoirs habituels? Outre la loi que nous examinerons tout à l'heure, il y a la

(1) « Nous croyons utile d'indiquer sommairement ici le procédé employé dans le Royaume-Uni pour citer la jurisprudence. Cette jurisprudence est éparse dans un grand nombre de recueils. Aucun d'eux n'a de caractère officiel; tous peuvent être cités au même titre devant les cours de justice. Le plus important d'entre eux, cependant, et incontestablement le plus autorisé, est le recueil intitulé *Law Reports*, publié depuis 1865 par l'« Incorporated Council of Law Reporting ». Ses deux concurrents les plus prisés sont les *Times Law Reports* et les *Law Journal Reports*.

Dans chaque volume de ces recueils, de même que dans nos périodiques français, une partie distincte est consacrée à chacune des grandes juridictions : Chambre des Lords, Banc du Roi, Échiquier, etc. Quand une jurisprudence est citée sans indication de recueil, c'est qu'il s'agit des *Law Reports*... Les recueils britanniques de jurisprudence sont couramment désignés par des abréviations et ces abréviations sont elles-mêmes précédées et suivies de deux numéros indiquant, l'un le volume du recueil et l'autre le folio.

Parfois aussi, mais pas toujours, elles sont, pour plus de commodité, accompagnées du chiffre de l'année.

Les abréviations les plus usuelles sont les suivantes :

Pour les recueils :

L. R., *Law Reports*.

T. L. R., *Times Law Reports*.

L. J. R., *Law Journal Reports*.

Pour les juridictions :

K. B., Kings Bench (Banc du Roi).

C. ou Ch., Chancery (Chancellerie).

C. P., Common Pleas.

Ex. D., Exchequer Division (Division de l'Échiquier).

H. L., House of Lords (Chambre des Lords).

A. C., Appeal Cases (Causes d'appel).

L'affaire X contre Y s'indique X v. Y, en se servant de l'initiale v, abréviation du latin *versus* » (Fernand-Laurent, note, p. 53 et 54).

Nous voyons donc, conformément à la citation ci-dessus, que l'affaire Kingston Cotton Co a été jugée par la Chancellerie en 1896 et que l'arrêt est mentionné dans le deuxième volume des *Law Reports*, à la page 284.

conception d'ensemble du rôle des commissaires, tel qu'il ressort de la doctrine et de la jurisprudence. Ici encore, nous nous référerons au juge Lindley (Affaire London and general Bank (1895) 2 Ch. 673) : « Il n'appartient pas aux auditors, dit-il, de donner des avis aux directors ou aux actionnaires sur ce qu'ils devraient faire.

» Un auditor n'a pas à apprécier la prudence ou l'imprudence des prêts faits avec ou sans sécurités. Il n'a pas à juger si les affaires de la company sont conduites prudemment ou témérairement, avantageusement ou pas. Peu lui importe la convenance qu'il y a à déclarer ou pas des dividendes, pourvu qu'il accomplisse son propre devoir vis-à-vis des actionnaires. Sa fonction est de se rendre compte de la vraie situation financière de la société au moment de l'examen des comptes et de faire connaître cette situation. Il n'a absolument pas d'autre devoir. »

Ainsi, contrairement aux dispositions de la loi française, les commissaires n'ont pas, en Angleterre, à se livrer à des considérations sur la gestion sociale. Leur seul rôle, c'est de dire exactement à l'Assemblée générale la situation financière de la société. Que cette situation financière soit mauvaise parce que les administrateurs gèrent les affaires sociales avec imprudence ou légèreté, ou bien encore parce qu'ils se livrent à des opérations malhonnêtes, cela ne leur regarde pas.

Ils disent ce qu'est la situation sans rechercher les causes de cette situation; il ne leur appartient pas davantage de suggérer quelque remède que ce soit : ils n'ont qu'à constater et non pas à critiquer ou à conseiller.

Ce rôle, il faut l'avouer, est bien réduit. Du moins la loi anglaise a ce mérite de donner aux auditors les pouvoirs voulus pour le remplir parfaitement.

En effet, aux termes du § 1^{er} de l'article 113, « chaque auditor d'une company doit avoir en tout temps le droit d'examiner les livres, les comptes et les pièces justifi-

catives d'une company; il est fondé à exiger des « directors » et des employés de la société tous les renseignements et toutes les explications qui peuvent lui être nécessaires pour l'accomplissement de ses fonctions ».

Ainsi les auditors ont en tout temps libre accès dans la société. En France, le contrôle des commissaires est, avons-nous vu, temporaire. Différence trop importante pour qu'il soit nécessaire d'insister. Il convient de souligner cependant ce fait assez éloquent par lui-même : l'Angleterre donne aux commissaires de surveillance une tâche bien plus étroite que celle que leur assigne notre législation; néanmoins, l'Angleterre a estimé que même pour ses fonctions réduites il était nécessaire de donner aux commissaires un droit de contrôle permanent. Combien, à plus forte raison, il serait désirable que les commissaires des sociétés françaises eussent en tout temps droit d'entrée dans la société !

Les auditors ont donc le pouvoir d'examiner les livres de la société chaque fois qu'ils le désirent. D'après le juge Lindley (Affaire précitée de la London and General Bank), « ils ne doivent pas s'acquitter de leur tâche sans s'inquiéter de rechercher si les livres eux-mêmes montrent la véritable position de la company. Ils doivent prendre un souci raisonnable pour se rendre compte qu'il en est ainsi. S'ils n'agissent pas ainsi, leur contrôle est pire qu'une vaine farce... Ainsi leur premier devoir est d'examiner les livres, non seulement afin de savoir ce qu'ils montrent, mais aussi pour s'assurer qu'ils indiquent la vraie position financière de la société.

» Ceci est absolument conforme à la décision du juge Stirling dans l'affaire Leeds Estate Building and Investment Co contre Shepherd (36 Ch. D. 787).

» Cependant, un auditor n'est pas astreint à plus qu'à un soin et une vigilance raisonnables dans ses recherches. Il n'est pas un assureur. Il ne doit pas garantir que les livres montrent exactement la vraie position des affaires de la company. S'il le faisait, il serait responsable d'une erreur de sa part,

même s'il se trompait sans le moindre défaut de soin raisonnable de sa part...

» Son obligation n'est pas si lourde. En résumé, j'estime que le devoir de l'auditor est d'être probe, c'est-à-dire qu'il ne doit pas affirmer vrai ce qu'il ne croit pas être tel et il doit apporter un soin et une vigilance raisonnables à s'éclairer avant de croire que ce qu'il certifie est vrai. En quoi consiste un soin raisonnable, c'est là une question dont la solution dépend des circonstances propres à chaque cas envisagé. Là où rien ne doit inciter au soupçon, une surveillance très légère peut être raisonnablement suffisante, et, en pratique, j'estime que des hommes d'affaires peuvent considérer, en principe, d'autres hommes d'affaires en face desquels le hasard les met comme étant aussi loyaux qu'eux. Là où les soupçons s'éveillent, plus de soin est sans aucun doute nécessaire; toutefois, un « auditor » n'est pas obligé de montrer plus de soin et de vigilance qu'il est raisonnable d'en avoir en cas de soupçon, et l'auditor est parfaitement justifié [s'il agit d'après l'opinion d'un expert là où des connaissances spéciales sont nécessaires. Mais un auditor n'est pas astreint à être plus méfiant que ne l'exige une vigilance raisonnable. »

Telle est la vigilance que l'on demande en Angleterre aux auditors dans le contrôle auquel ceux-ci doivent se livrer.

En vertu du § 2 de l'article 113 de l'Act de 1908, « les auditors doivent faire un rapport aux actionnaires sur les comptes examinés par eux et sur tout bilan présenté à l'Assemblée générale pendant la durée de leur mandat. Ce rapport doit faire connaître :

» a) S'ils ont obtenu ou non tous les renseignements et éclaircissements qu'ils ont demandés ;

» b) Si, à leur avis, le bilan auquel se réfère le rapport est établi en sorte qu'il donne une traduction fidèle et correcte de l'état des affaires de la company tel que les renseignements et les éclaircissements qu'ils ont pris ainsi que les livres qu'ils ont examinés le leur ont révélé.

Nous avons vu dans quel sens il faut interpréter ce § 2. Ainsi que nous l'avons indiqué (V. Palmer, ch. XIX, p. 232 et 233), les auditors n'ont qu'à exposer la situation financière de la société, sans plus.

D'après Palmer (*ibid.*, p. 236 et 237), on admet généralement que les auditors ne doivent pas se contenter d'examiner les livres. Le juge Lindley a dit « que l'auditor doit prendre un souci raisonnable de s'assurer que les livres eux-mêmes indiquent bien la vraie situation de la société » (Affaire de la London General Bank, précitée).

« Pour former leur opinion, les auditors doivent exercer leur propre jugement et si, en fait, ils émettent bien l'opinion qui est la leur, ils remplissent, en l'émettant, leur devoir tel qu'il est défini par la loi.

» Ils peuvent, en outre, pour s'éclairer, solliciter les avis d'hommes de loi ou d'autres experts, mais des auditors ne sauraient s'abriter sous le couvert de l'opinion d'un expert. Ils ne peuvent valablement soutenir que dans leur rapport ils ont exprimé l'opinion de quelque expert et non la leur propre.

» La question de savoir si vraiment un auditor devait admettre l'opinion que, dans son rapport, il a émise ou admise, est une question de fait (Edgington v. Fitzmaurice, 29, C. D., 483). De là il résulte que si un auditor est poursuivi pour un rapport non conforme à la vérité, le tribunal, qu'il soit juge ou jury, qui aura à juger l'affaire, devra résoudre la question suivant les faits de la cause... Là où les questions de l'auditor n'ont pas reçu de réponse, l'auditor doit spécifier dans son rapport les points sur lesquels il n'a pu obtenir d'éclaircissements » (Palmer, ch. XIX, p. 237).

En vertu du § 3 de l'article 113, précité, « le bilan doit être signé, au nom de la direction, par deux des directors de la company, ou, s'il n'y a qu'un director, par le director ; le rapport des auditors doit être attaché au bilan, ou bien on doit mettre au pied du bilan un renvoi au rapport et le rap-

port doit être lu devant l'Assemblée générale et être mis à la disposition de chaque actionnaire. Chaque actionnaire est fondé à demander une copie du bilan et du rapport des auditeurs, moyennant une somme ne dépassant pas 6 pence par cent mots ».

En règle générale, le rapport des auditeurs est très bref. La formule est le plus souvent la suivante :

« Nous certifions avoir contrôlé les livres, comptes, garanties et gages de la société pour l'exercice se terminant le... et avons obtenu tous les renseignements et explications que nous avons réclamés. Notre avis, fondé sur les renseignements reçus et les livres de la société, est que le bilan est correctement dressé en vue de fournir une opinion vraie et exacte sur la situation de la société. » Suivent les renseignements et remarques particuliers.

D'après le § 4 de l'article 113, précité, « si quelque copie que ce soit du bilan qui n'a pas été signée, comme dit dans le § 3, ou à laquelle n'est pas jointe une copie du rapport des auditeurs ou un renvoi à ce rapport, comme dit dans le même § 3, est distribuée, mise en circulation ou publiée, la société et tout director, manager, secrétaire ou autre employé de la company qui a sciemment pris part à cette fraude est passible d'une amende qui ne peut excéder 50 livres sterling. »

Enfin, le § 5 spécifie que « lorsqu'il s'agit d'une société de banque enregistrée après le quinzième jour d'août dix-huit cent soixante-dix-neuf :

» a) Si la company a des succursales au delà des limites de l'Europe, il suffit que l'auditor puisse examiner les copies et extraits des livres et des comptes de chacune de ces succursales tels qu'ils ont été transmis au siège social de la company;

» b) Le bilan doit être signé par le secrétaire ou le manager (s'il y en a), et là où il y a plus de trois directors, par au moins trois directors de la company; là où il n'y a pas plus de trois directors, il doit être signé par tous les directors et le manager. »

Nous avons déjà indiqué quelle est la responsabilité des auditors en Angleterre et nous avons vu que ce qu'on leur demande, c'est une vigilance et un soin raisonnables. Il appartient au juge de dire quand il n'y a pas vigilance et soin raisonnables en tenant compte des faits de la cause. Nous avons cité à ce sujet l'opinion du juge Lindley adoptée par Palmer. Le juge Lopes, dans l'affaire Kingston Cotton Mills Co, déjà citée, ajoute : « Les auditors ne doivent pas être déclarés coupables de manque d'habileté et de soin s'ils n'ont pas découvert des fraudes, quand rien ne peut éveiller leur méfiance et que ces fraudes sont perpétrées par des employés de la company en qui on a toute confiance, fraudes dont pendant des années les directors eux-mêmes ne s'aperçoivent pas. Déclarer les auditors tenus dans ces circonstances serait les mettre dans une situation intolérable. »

Conformément aux principes ci-dessus, il a été décidé dans l'affaire Kingston Cotton Mills Co que « des auditors qui, sans avoir aucune raison d'être méfiants, avaient accepté et tenu pour bon le certificat du manager de la company relativement au montant et à la valeur du stock de la company, ce manager étant depuis longtemps au service de la company et étant un homme de haute réputation, d'une compétence indiscutée et auquel tous ceux qui le connaissaient faisaient crédit, ne sont pas tenus pour responsables bien que l'on ait prouvé que le manager a donné en pleine connaissance de cause une estimation fausse » (Palmer, ch. XIX, p. 234). « La question, a dit le juge Lindley, 1896, 2 Ch. 287 (C. A.), est de savoir si, étant donné qu'il n'y avait pas soupçon de fraude, il y avait un soin raisonnable de la part des auditors à avoir confiance dans les rapports faits par un expert compétent et en lequel tout le monde a confiance relativement à une matière pour laquelle les renseignements de cette personne étaient indispensables. Je ne puis penser qu'il y avait faute des auditors. Pour le manager il n'y avait pas, en apparence, d'opposition entre ses intérêts et son devoir. Sa position

n'était pas comme celle du caissier qui a rendu compte des recettes qu'il encaisse et dont le relevé des recettes et des paiements ne peut être tenu pour bon par un auditor, sans plus ample examen. »

Il arrive fréquemment qu'une société dissimule le chiffre véritable de ses bénéfices afin de constituer des réserves secrètes qui permettront dans les années moins bonnes de servir quand même un dividende. Quand de telles réserves sont constituées sans être décelées dans le bilan, la question se pose de savoir si l'auditor peut, sans s'exposer à violer les obligations mises par la loi à sa charge, déclarer « qu'à son avis, le bilan montre la véritable situation de la société ». D'après le jugement rendu dans l'affaire *Newton contre Birmingham Small Arms Co* (1906), 2 Ch. 378, il peut n'être pas tenu, pour la raison qu'au fond le bilan doit être dressé de telle sorte que la situation de la société soit au moins aussi bonne que celle qu'indique le bilan, mais qu'il n'y a pas d'inconvénient à ce que cette situation soit, en fait, meilleure.

Néanmoins, il y a lieu de se demander s'il n'y a pas là une entorse au texte de l'article 113, précité (Palmer, p. 238).

Un auditor qui viole ses devoirs peut être poursuivi par la company au moyen d'une action (*Leeds Estate Co v. Shepherd* 36 Ch. D. 787); on peut encore le poursuivre si on découvre ses fautes pendant la liquidation suivant la procédure indiquée dans l'article 215 de l'Act de 1908. Mais cet article ne s'applique qu'aux employés de la company. Aussi, un auditor qui serait chargé uniquement de contrôler les livres ne présenterait pas cette qualité d'employé et ne pourrait être attaqué conformément à l'article 215 (*Western Counties Steam Bakeries* (1897) 1 Ch. 617 (CA)).

Ainsi, d'après Palmer, p. 234, c'est la company seule qui peut poursuivre les auditors.

Il est deux autres dispositions de la loi anglaise qui sont particulièrement intéressantes par la facilité qu'elles donnent

aux actionnaires de superposer leur contrôle propre à celui des auditors.

En vertu de l'article 109 de l'Act de 1908, « le Board of Trade peut désigner un ou plusieurs inspectors compétents pour examiner les affaires d'une company et faire un rapport sur les faits que le Board lui demande d'examiner :

» 1° Dans le cas d'une société de banque ayant un capital-actions sur la demande de membres ne possédant pas moins du tiers des actions émises ;

» 2° Dans le cas de toute autre société ayant un capital-actions sur la demande de membres ne possédant pas moins d'un dixième des actions émises...

» Les requérants doivent faire valoir auprès du Board of Trade des raisons sérieuses et n'être pas mûs par des mobiles malveillants en demandant l'expertise, et le Board of Trade peut, avant de nommer un inspector, demander aux requérants de donner des sécurités pour le paiement des frais d'enquête.

» Il est du devoir de tous les employés et agents de la company de faire voir aux inspectors tous les livres et documents qu'ils détiennent.

» Un inspector peut interroger, sous la foi du serment, les employés et agents de la company sur leur service et il peut leur demander de jurer qu'ils disent la vérité.

» Si un employé ou un agent refuse de produire les livres ou les documents qu'il détient et qu'il a le devoir de produire, ou s'il refuse de répondre aux questions relativement aux affaires de la société, il est passible d'une amende qui ne doit pas excéder 5 livres sterling par refus.

» Quand ils ont terminé leurs investigations, les inspectors doivent, dans un rapport, donner leur opinion au Board of Trade et une copie de leur rapport doit être envoyée par le Board au registrar auquel la company a affaire ; enfin, une dernière copie doit être remise aux actionnaires qui ont réclamé l'enquête si ces actionnaires en font la demande.

» Le rapport est écrit ou imprimé suivant les instructions du Board.

» Toutes les dépenses, même accessoires, relatives à l'enquête, doivent être payées par les requérants, à moins que le Board of Trade ne décide qu'elles doivent être payées par la company, décision que le Board est autorisé à prendre. »

En vertu de l'article 110 de l'Act de 1908, « une company peut, par une résolution spéciale, désigner des inspectors aux fins d'examiner les affaires sociales.

» Les inspectors ainsi désignés doivent avoir les mêmes pouvoirs et devoirs que ceux désignés par le Board of Trade, excepté que, au lieu de rédiger un rapport au Board, ils dressent leur rapport d'après les instructions de l'Assemblée générale et l'adressent aux personnes que leur indique l'Assemblée générale.

» Les employés et agents de la company, en cas de refus de leur part de produire les livres et documents qu'ils détiennent et de répondre aux questions posées par les inspectors, encourent les mêmes pénalités que celles dont ils seraient tenus si les inspectors avaient été désignés par le Board of Trade. »

L'article 111 édicte que « une copie du rapport de tous inspectors désignés par les articles ci-dessus, authentifiée par le sceau de la company dont les affaires ont été examinées, doit être admise dans tout acte légal comme un témoignage de l'opinion des inspectors relativement à toutes les questions envisagées dans le rapport ».

Ces dispositions de la loi anglaise sont très heureuses, car d'une part elles sauvegardent les droits de la minorité, d'autre part elles donnent à l'Assemblée le pouvoir de se rendre compte à tout instant de la vraie situation sociale.

Néanmoins, d'après Palmer (ch. XVIII, p. 231), ces dispositions de la loi anglaise sont à peu près lettre morte, car les actionnaires usent très rarement des pouvoirs qui leur sont ainsi conférés.

Pour sauvegarder les droits de la minorité, la loi anglaise édicte une autre disposition intéressante. L'article 66 de l'Act de 1908 spécifie que :

« Nonobstant toute clause contraire des statuts, les « directors » d'une company doivent, quand ils en sont requis par les porteurs d'au moins un dixième du capital-actions émis par la company, pourvu que tous les fonds appelés ou généralement toutes les sommes dues sur ces actions aient été payées par lesdits porteurs, convoquer sur-le-champ une Assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la company.

» Les requérants doivent indiquer les causes pour lesquelles ils demandent la convocation de l'Assemblée, signer leur requête et la déposer chez le registrar. Il peut aussi y avoir une requête par demandeur ou groupe de demandeurs, chacune de ces requêtes étant rédigée dans la même forme et signée par un ou plusieurs demandeurs.

» Si les « directors » ne font pas en sorte de réunir l'Assemblée au plus tard vingt et un jours après la date à laquelle la requête a été déposée, les requérants ou la majorité d'entre eux en capital peuvent convoquer eux-mêmes l'Assemblée ; mais une Assemblée ainsi convoquée doit être tenue au plus tard trois mois après la date du dépôt ci dessus.

» Si à une telle Assemblée générale une résolution provisoire exigeant une confirmation dans une Assemblée générale ultérieure est prise, les « directors » doivent immédiatement convoquer une autre Assemblée générale extraordinaire, aux fins d'examiner ladite résolution, et, si elle le juge bon, de la confirmer par une résolution spéciale. Si les « directors » ne convoquent pas l'Assemblée dans les sept jours qui suivent la date à laquelle la première résolution a été prise, les requérants ou ceux d'entre eux qui détiennent la majorité des actions peuvent convoquer eux-mêmes l'Assemblée.

» Toute Assemblée générale convoquée, conformément au présent article (66), par les requérants, doit être convoquée,

le plus possible, de la même façon que celles que convoquent les directors ».

Sur cet article 66, Palmer (ch. XV, p. 167) remarque que :

Si un actionnaire possède des actions qu'il a entièrement libérées, et d'autres sur lesquelles il doit encore de l'argent à la société, il peut faire partie des requérants pour ses actions entièrement libérées (*Fruit and vegetable Association v. Keke-wich*, 1912, 2 ch., 52).

Dans le cas où il y a plusieurs requêtes, l'obligation de les rédiger dans la même forme n'est pas violée s'il y a de faibles différences d'expressions dans leur rédaction (*Affaire Fruit and vegetable Association*, déjà citée).

Le simple fait que certaines des résolutions que contient la réquisition des actionnaires demandeurs ne peuvent être soumises à l'Assemblée générale ne dispense pas les « directors » de l'obligation de convoquer l'Assemblée (*Isle of Wight Railway Co v. Tahourdin*, 25, C. D., 230).

Les actionnaires ayant le pouvoir de réunir eux-mêmes l'Assemblée, les tribunaux ne peuvent contraindre les directors à réunir l'Assemblée générale (*Macdougall v. Gardiner*, 10, Ch. 606).

Telles sont, brièvement résumées, les règles principales de la législation anglaise sur les commissaires de surveillance et le contrôle des actionnaires. Comme nous l'avons exposé le législateur anglais fait du commissaire de surveillance un commissaire des comptes; du moins donne-t-il à ce commissaire à fonctions réduites des pouvoirs suffisants pour qu'il puisse se livrer à un examen sérieux de la situation financière de la société. Les Anglais, avec leur esprit pratique ont heureusement complété les textes en créant un institut qui a le quasi-monopole de l'audit dans les companies et dont les membres présentent les plus sérieuses garanties de compétence et d'honorabilité. Il serait désireux que nous suivions sur ce point l'exemple de l'Angleterre.

Nous devrions aussi, comme ce pays, permettre à une

minorité d'actionnaires de requérir la nomination d'inspecteurs aux fins d'examiner la véritable situation sociale. Il est chez nous impossible aux actionnaires, pour nombreux qu'ils soient, pour importante que soit la part du capital social que leurs actions représentent, d'exiger la nomination d'experts susceptibles de leur donner des renseignements précis et pouvant leur inspirer toute confiance. Pour obtenir la nomination d'experts de cet ordre, il n'est pas d'autre moyen que d'intenter un procès (Paris, 4 mai 1867, S., 67. 2. 190). La loi anglaise, et c'est là un grand mérite de sa part, a su créer une procédure simple, peu coûteuse, présentant toute sécurité pour la société par laquelle une minorité peu importante peut, si elle a de bonnes raisons de douter, obtenir tous éclaircissements.

Enfin, jamais, chez nous, des actionnaires ne peuvent requérir la réunion de l'Assemblée générale. Les minorités vigilantes et éclairées n'ont aucun moyen de secouer la masse atone des actionnaires et d'empêcher les opérations qu'elles savent devoir être ruineuses. L'Angleterre, qui est cependant un pays où, de tradition, on fait confiance à la libre initiative des individus, n'a pas cru que donner aux minorités suffisamment importantes le droit de requérir la convocation de l'Assemblée générale constituerait pour la direction une entrave gênante. Sur ce point également, il serait nécessaire que nous suivions la loi anglaise.

CONCLUSION

La conclusion qui s'impose à la fin de la présente étude est la nécessité de réformer la législation française sur les commissaires de surveillance. Le bon sens, le rapprochement avec les législations étrangères, les résultats pratiques qu'elle a donnés, nous en ont montré les lacunes, le caractère archaïque et désuet.

Néanmoins, il est curieux de constater combien le législateur s'est peu préoccupé de cette question. Rares sont les projets ou propositions de loi déposés devant le Parlement pour remédier à cet état de fait. Les deux lois du 1^{er} août 1893 et du 22 novembre 1913, modifiant la loi de 1867, ne s'en sont pas préoccupées. Le projet de loi élaboré par une commission extraparlamentaire, déposé en 1883 devant le Sénat et voté par lui en 1884, ne changeait rien aux dispositions de la loi de 1867 relatives aux commissaires. Il se contentait de donner aux actionnaires représentant la moitié du capital social le droit de demander la convocation de l'Assemblée générale. La grande commission extraparlamentaire, qui fut instituée en 1902 et présidée par M. Lyon-Caen, a mieux vu les imperfections de la loi de 1867 sur le contrôle dans les sociétés anonymes.

Le résultat des travaux de cette commission a été le dépôt d'un projet de loi devant la Chambre des députés en 1904. Ce projet de loi, destiné à modifier la loi de 1867, donnait, dans son article 14, le droit aux commissaires d'exercer une surveillance permanente sur la gestion sociale. En outre, dans son article 11, il permettait aux actionnaires représentant le

quart au moins du capital social de requérir des administrateurs, dans le délai d'un mois, la convocation de l'Assemblée générale. Ces dispositions, bien qu'incomplètes, constituaient un progrès certain sur la loi de 1867. Elles n'ont jamais été votées, le projet de loi n'étant pas venu en discussion devant le Parlement.

La tentative la plus récente et aussi la plus intéressante pour modifier le fonctionnement des organes de contrôle dans les sociétés anonymes est la proposition de loi déposée, le 21 avril 1921, devant la Chambre des députés, par M. Fleury-Ravarin, député du Rhône. Cette proposition de loi tend à renforcer le contrôle de la comptabilité dans les sociétés par actions. Dans l'exposé des motifs de sa proposition, l'honorable député du Rhône souligne le rôle de « tout premier ordre » joué par les commissaires dans la société. A ses yeux, le mode actuel de contrôle peut, à la rigueur, suffire dans les sociétés fermées ne comprenant qu'un nombre restreint d'actionnaires, mais il n'en saurait être de même dans les sociétés qui comprennent de nombreux petits porteurs d'actions. « Dans l'intérêt du public, des actionnaires, de l'entreprise, des administrateurs et de l'État lui-même », il serait nécessaire d'assurer dans les sociétés « un contrôle plus étroit, plus serré, de la comptabilité sociale, d'imposer aux commissaires des pouvoirs plus étendus et plus précis, de leur demander une action permanente et non point intermittente et superficielle, comme cela a lieu aujourd'hui, en un mot, d'augmenter leurs devoirs et, par suite, leurs pouvoirs ».

Tout d'abord, M. Fleury-Ravarin traite la question (que nous n'avons pas à voir ici) de l'évaluation des apports. Puis, il s'attaque au mode de nomination des commissaires, tel qu'il a été fixé par la loi de 1867. Il signale les abus de la candidature officielle qui aboutit à la désignation des contrôleurs par les contrôlés, la trop fréquente incompétence des commissaires « dont le seul mérite est d'être parents, alliés ou amis du président ou d'un autre membre du conseil d'administra-

tion », et qui, le plus souvent, se bornent « à lire devant l'Assemblée générale un rapport préparé à l'avance et qu'on leur remet ». Pour remédier à cet état de choses, l'honorable député du Rhône ne croit pas, comme M. Lecouturier, qu'il faille choisir les commissaires parmi les actionnaires les plus importants (*V. Manuel pratique des assemblées d'actionnaires*), car l'intérêt que les commissaires auraient dans l'affaire pourrait devenir pour eux « un motif de dissimuler une situation mauvaise et de cacher la vérité jusqu'à ce qu'ils aient vendu leurs titres ».

La défense aux administrateurs de prendre part au vote désignant les commissaires ne serait pas plus efficace. La plupart du temps, la désignation serait faite, sous le manteau, par les administrateurs qui prêteraient leurs actions à des compères; en outre, cette procédure pourrait conduire à des choix improvisés et peu éclairés, la décision étant à la merci des discoureurs qui parlent haut et fort. Aux yeux de M. Fleury-Ravarin, il vaut mieux conserver l'usage actuel de la proposition par le conseil d'administration, car les commissaires doivent se comporter en censeurs bienveillants, prêts à signaler officieusement, en cours d'exercice, au conseil, les erreurs commises, afin que celles-ci soient réparées, sans scandale, en temps utile.

D'ailleurs, le mode de désignation n'a pas grande importance; c'est surtout la capacité technique des commissaires qui mérite l'attention. Pour M. Fleury-Ravarin, un bon commissaire doit être un parfait comptable. C'est ce qu'a compris l'Angleterre. Mais comme la solution rationnelle qui consisterait à réserver exclusivement à des comptables le rôle de commissaires de surveillance rencontrerait en France de trop vives résistances, car elle aurait pour résultat de déposséder le plus grand nombre de titulaires actuels, l'honorable député du Rhône propose que désormais toute société par actions ait deux commissaires : un, pris parmi les actionnaires, à raison de l'intérêt qu'il a dans l'entreprise; un, pris parmi

les experts-comptables ayant dix ans de pratique et domiciliés dans l'arrondissement du siège social (la surveillance d'une comptabilité imposant de fréquentes visites).

M. Fleury-Ravarin critique ensuite les attributions des commissaires. Il s'élève contre le caractère temporaire de leur contrôle. Les comptables sont unanimes « à dire qu'il est impossible de refaire dans les trois mois qui précèdent une Assemblée le récolement comptable de toute une année avec les documents. En admettant même que cela soit possible, il peut arriver que les commissaires constatent que la comptabilité est erronée par sa base. Ils se trouvent alors obligés, s'ils veulent remplir consciencieusement leur devoir, de considérer comme fausses toutes les écritures de l'exercice et d'en ordonner la réfection entière. Mais alors il serait matériellement impossible d'arriver à temps pour tenir l'Assemblée à l'époque antérieurement fixée ». D'autre part, le droit de contrôle des commissaires est beaucoup trop vague. M. Fleury-Ravarin voudrait qu'ils aient le droit d'obtenir quand ils le désirent une balance de vérification, de pointer à volonté toute les pièces justificatives des écritures passées (factures, titres de caisse, feuilles de main-d'œuvre, effets de commerce, etc...). Ce contrôle présenterait une utilité double : il permettrait, d'une part, de sauvegarder les intérêts des actionnaires vis-à-vis du conseil d'administration et, d'autre part, ceux du conseil d'administration vis-à-vis de ses préposés (directeurs, comptables, magasiniers, etc...).

Enfin, M. Fleury-Ravarin a voulu soumettre à certaines règles le rapport annuel dressé par les commissaires. La loi de 1867 est muette à ce sujet ; mais certains auteurs ont estimé que la rédaction des rapports ne devrait pas être laissée à l'entière liberté des commissaires. Parmi ceux-ci, M. Lecouturier (*op. cit.*, p. 95) désirerait voir dans le rapport au moins quatre parties, savoir :

1° La constatation de la régularité des écritures et la conformité des chiffres de la balance avec les écritures elles-mêmes ;

2° L'analyse des modifications que comportent les chapitres du bilan comparativement à ceux du bilan de l'exercice précédent;

3° L'examen du compte de profits et pertes (frais généraux et amortissements);

4° Un avis motivé sur la répartition du bénéfice proposé par le conseil d'administration.

De ces desiderata, le député du Rhône ne retient que le premier et le quatrième. Les autres lui semblent dangereux parce que contraires au secret nécessaire à la prospérité de l'entreprise. A ces deux parties, M. Fleury-Ravarin en ajouterait une troisième : l'explication des fluctuations des divers chapitres du bilan et, particulièrement, de l'accroissement des immobilisations.

La proposition de loi de M. Fleury-Ravarin a donné lieu à plusieurs discussions intéressantes à la Fédération des industriels et des commerçants français (V. l'organe de cette fédération, *l'Économie nouvelle*, n°s de décembre et de janvier 1922 (1).

(1) A la Chambre de commerce de Nancy, la proposition de loi de M. Fleury-Ravarin a également donné lieu à des débats intéressants. M. Solus, professeur à la Faculté de droit de Nancy, rapporteur de la commission de législation, déposa un rapport « exprimant avant tout la pensée de la majorité des membres de la commission de législation et de la chambre de commerce elle-même, mais s'écartant bien souvent des conceptions personnelles de son auteur ». Dans ce rapport, la proposition Fleury-Ravarin est critiquée pour deux raisons principales :

1° On estime que donner aux commissaires de surveillance un pouvoir permanent serait « imposer à l'administration de la société un contrôle excessif, peut-être même intolérable et vexatoire ». Néanmoins, comme on convient que sous le régime actuel les pouvoirs des commissaires sont insuffisants, on juge que « pour remédier à l'insuffisance de documentation et d'information qui résulte de la loi de 1867, il paraît nécessaire de donner aux commissaires aux comptes le pouvoir d'exiger tous les trois mois un état de situation sommaire, avec faculté de le rapprocher des livres de comptabilité, ce qui implique le pouvoir de demander les éclaircissements utiles ». On croit qu'« ainsi, le commissaire pourra suivre attentivement la marche de la comptabilité, y relever beaucoup plus aisément que dans le régime actuel les imperfections et les erreurs » ; qu'il sera « mieux préparé pour la vérification à laquelle il doit procéder avant l'Assemblée générale annuelle » ; qu'il pourra, « alors qu'il en est encore temps, user, si les balances lui révélaient des fautes graves et des fraudes dans la comptabilité, du droit de convoquer

La section de législation de cette fédération chargea MM. Rivet et André Prudhomme de lui faire un rapport sur cette proposition de loi. Ce rapport (publié dans *l'Économie nouvelle* de janvier 1922, p. 46, 47 et 48) conclut au rejet des dispositions proposées par M. Fleury-Ravarin. MM. Rivet et

l'Assemblée générale que lui reconnaît — platoniquement dans la législation actuelle — l'article 33 de la loi de 1867 » ;

2° On trouve excessif d'exiger que parmi les commissaires il y ait obligatoirement un expert-comptable ayant au moins dix ans de pratique et domicilié dans l'arrondissement où la société a son siège. Tout d'abord, le nombre actuel des experts-comptables est très limité et souvent il serait fort difficile de trouver dans l'arrondissement un expert-comptable présentant les qualités requises et donnant toutes garanties de discrétion, d'indépendance et de valeur professionnelle. « Indépendamment de toute condition de domicile dans l'arrondissement », la solution la meilleure serait de pouvoir choisir comme commissaire « non seulement un comptable de profession, mais aussi toute personne dont la compétence technique a été agréée par le tribunal de commerce et qui prendrait ainsi la qualité de commissaire aux comptes expert ».

D'autre part, on juge que l'obligation de ne choisir les commissaires que parmi les commissaires aux comptes experts, tels qu'ils sont définis ci-dessus, est trop attentatoire à la liberté des actionnaires.

Néanmoins, on reconnaît que laisser toute liberté sur ce point à la majorité équivaudrait à ne rien changer à l'état de choses actuel, car « il est à craindre que les administrateurs dont les voix forment bien souvent la majorité (tant à raison des actions qu'ils possèdent personnellement qu'à raison des pouvoirs envoyés par les actionnaires) refusent de se donner un organe de contrôle qui peut être gênant ». Dans ces conditions, on estime « opportun de réserver à une minorité représentant le quart du capital social et comprenant le dixième des actionnaires, le soin de décider s'il y a lieu de choisir un commissaire aux comptes expert. Celui-ci serait nommé par l'Assemblée générale pour un an et fonctionnerait avec les autres commissaires, ensemble ou séparément ».

Ce rapport a été adopté par la Chambre de commerce de Nancy dans sa séance du 6 mars 1922 et le vœu suivant a été émis par elle :

« Que les pouvoirs des commissaires aux comptes, chargés de la vérification de la comptabilité, ne soient pas érigés en pouvoirs permanents, mais soient seulement renforcés en vue de permettre aux commissaires aux comptes d'exiger, tous les trois mois, un état de situation sommaire avec faculté de les rapprocher des livres de comptabilité ;

» Que la désignation du commissaire aux comptes expert ne soit pas obligatoire pour toutes les sociétés, cette nomination pouvant toutefois être faite par l'Assemblée générale qui, sur demande d'une minorité représentant le quart du capital social et comprenant le dixième des actionnaires, le choisira soit parmi les comptables de profession, soit parmi toutes personnes dont la compétence technique aura été agréée par le tribunal de commerce, et indépendamment de toute condition de domicile dans l'arrondissement. » (*Bulletin de la Chambre de commerce de Nancy*, 1922, n° 86, p. 19, 35 et 48).

Prudhomme estiment que les actionnaires n'ont qu'à s'en prendre à eux « s'ils acceptent les yeux fermés des rapports faits sans étude préalable. Ils sont dupes parce qu'ils veulent l'être. Que les actionnaires cessent de considérer comme un rite simple la nomination des commissaires aux comptes, qu'ils prennent des hommes sérieux et qu'ils leur donnent les moyens d'étudier sérieusement l'affaire, c'est leur intérêt ».

Quant à confier la fonction des commissaires à des comptables de profession, c'est une solution à laquelle on ne saurait, à la réflexion, s'arrêter. « Un comptable pointe des chiffres, additionne des chiffres, vérifie la concordance des chiffres, tel est son rôle; il ne saurait en sortir. Seul un homme d'affaires et un homme rompu à la catégorie d'affaires qu'il est chargé d'examiner peut mettre le doigt sur les irrégularités et les inexactitudes. Il sait par avance que le chiffre n'est pas exact parce qu'il ne correspond pas aux chiffres corrects qui se trouvent par ailleurs. » Il est à déplorer que les actionnaires aient pris l'habitude de « confier le rôle des commissaires à des personnes sans surface, de n'exiger d'eux qu'une vérification matérielle de chiffres et de rabaisser encore, s'il est possible, leur rôle par les émoluments ridicules qu'ils leur allouent. Mais, là encore, ils n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes ».

Sans préjuger en rien de la valeur des solutions proposées par M. Fleury-Ravarin, il semble que les arguments de MM. Rivet et Prudhomme n'aient pas de valeur sérieuse. Que l'on s'attache à la liberté quand elle est féconde, rien de plus naturel; mais que lorsqu'elle est nuisible et dangereuse, lorsqu'elle s'est révélée injuste, l'on continue à la préconiser, c'est ce que nous ne saurions comprendre. Eh ! sans doute, si les actionnaires étaient compétents, habiles en affaires, les choses se passeraient tout autrement. Mais alors, point ne serait besoin de législation sur les sociétés. Les actionnaires sauraient, dans les statuts, ménager tous les intérêts en cause. D'ailleurs, à quoi sert de raisonner dans l'abstrait? Il ne s'agit

pas de savoir ce que les actionnaires pourraient faire, mais ce qu'ils font.

MM. Rivet et Prudhomme savent bien que ce n'est pas de gaité de cœur et sciemment que les actionnaires laissent dilapider l'actif social. Les actionnaires ne savent pas et le législateur se doit de les protéger comme il protège les mineurs, les femmes, les ouvriers, et généralement les incapables et les faibles. Ainsi, dire que les actionnaires n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes, c'est ne rien répondre et laisser se perpétrer tous les abus.

Aussi bien, la section de législation de la Fédération des industriels et des commerçants français a-t-elle vu qu'il y a « quelque chose à faire » relativement aux commissaires dans les sociétés anonymes. L'un de ses membres, M. Laurent, déclara que le contrôle des commissaires paraît entravé du fait que ceux-ci sont choisis par la même majorité que les membres du conseil d'administration. A ses yeux, les administrateurs ne devraient pas participer au vote désignant les commissaires. D'autre part, il serait recommandable de faire désigner l'un des commissaires par la minorité. M. Percerou émit également l'avis que le mode de désignation des commissaires doit être amélioré. Il estime qu'il serait bon d'exclure les administrateurs du vote ayant trait à la désignation des commissaires. D'autre part, le premier commissaire serait désigné par la majorité, et la minorité, si elle représentait une fraction donnée du capital social, pourrait s'adresser à la justice pour qu'elle en désigne un second.

Quant aux attributions des commissaires, M. Percerou estime qu'il conviendrait de décider qu'ils doivent apprécier, par exemple, en matière d'amortissements si ceux qui ont été effectués constituent ou non un acte de sagesse politique. Il faudrait donc que les commissaires fussent non seulement des comptables, mais aussi des hommes d'affaires.

Pour M. Dufourcq-Lagelouze, les attributions des commissaires devraient être les mêmes que celles du conseil de

surveillance dans les sociétés en commandite par actions (V. pour toute cette discussion, *Économie nouvelle*, janv. 1922, p. 39 et 40) (1).

A nos yeux, la proposition de M. Fleury-Ravarin a un grand mérite : celui de poser le problème du contrôle dans les sociétés anonymes devant le Parlement et l'opinion. Il nous semble cependant que M. Fleury-Ravarin ne se fait pas une idée suffisamment large du rôle des commissaires. Il continue à faire d'eux des commissaires aux comptes. Or, ils doivent être des commissaires de surveillance. Ils doivent — comme en Belgique — avoir un droit illimité de surveillance et de contrôle, être les gardiens des statuts et les défenseurs des actionnaires devant les administrateurs. Aussi, ne faut-il pas hésiter à leur donner le droit de s'opposer à tout acte que les administrateurs veulent commettre en violation des statuts ou en fraude des intérêts sociaux.

(1) M. Henri Rousseau, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, dans un article paru dans la *Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine* (15 août-15 nov. 1921), a étudié la proposition de loi de M. Fleury-Ravarin (p. 117 à 127); M. Rousseau s'élève contre le désir qu'a M. Fleury-Ravarin de maintenir dans le collège des commissaires l'équilibre entre l'élément « actionnaires » et l'élément « experts-comptables ». Il montre avec beaucoup de force qu'un antagonisme est presque fatal entre ces deux éléments. Ou le commissaire expert-comptable se soumettra au commissaire actionnaire, et dans ce cas la proposition Fleury-Ravarin est vaine, ou il voudra agir en toute indépendance, et alors il aura contre lui le groupe puissant des administrateurs qui a fait élire son collègue actionnaire et il risque fort de n'être pas réélu. La proposition Fleury-Ravarin ne corrige pas « le vice radical de notre système actuel qui est que les commissaires et les administrateurs marchent la main dans la main ».

En outre, où trouver des experts-comptables ? A Paris, cela sera facile, mais en province ? D'autre part, un expert-comptable voudra être payé, car il n'est pas de ces gens qui vivent des sociétés et récupèrent là ce qu'ils perdent ici. Dès lors, cette rétribution devra être également accordée au commissaire actionnaire. Celui-ci qui sera souvent de ces gens qui croient que la possession d'un gros paquet d'actions tient lieu de connaissances techniques, voudra gagner ses émoluments, se donner de l'importance, gênera l'action du commissaire expert et des conflits seront inévitables. Ces conflits paralyseront l'action des commissaires et apporteront des troubles dans l'organisation de la société.

En réalité, ce dualisme est impossible.

Pour M. Rousseau, la solution du problème réside dans la création, un peu partout, de compagnies d'experts-comptables, à l'image de celle de Paris, qui comme les chartered accountants anglais, arriveront à s'imposer.

D'autre part, il n'est pas besoin de préciser leur mandat, comme le désire M. Fleury-Ravarin. De telles précisions sont plutôt des restrictions. Disons que les commissaires de surveillance ont un droit illimité de surveillance et de contrôle ; il s'ensuivra qu'ils auront le droit de tout voir dans la société. Leur mission, ajouterons-nous, doit être de surveiller et de contrôler, non d'administrer. Donc, ils ne pourront critiquer la direction technique, la conception générale que se font de l'entreprise les administrateurs, leur politique, si ce terme peut être employé en la matière. De cette politique, ils diront dans leur rapport à l'Assemblée les résultats réels. Ce n'est qu'en cas de fraudes, de malversations des administrateurs, de violation des statuts sociaux qu'ils pourront intervenir. Néanmoins, en cas d'opérations particulièrement hasardeuses ou téméraires des administrateurs, ils doivent pouvoir convoquer — sous leur responsabilité — l'Assemblée générale.

Quant au mode de désignation des commissaires, nous ne pouvons concevoir comment M. Fleury-Ravarin, après s'être élevé contre la candidature officiellement soutenue par les administrateurs, la conserve (1).

(1) M. Thaller, dans un article sur la réforme de la loi des sociétés par actions, paru dans la *Revue politique et parlementaire* du 10 janvier 1903, après avoir constaté que la « foule amorphe et inconsistante des actionnaires » (p. 87) est incapable « de croiser le fer avec les agents établis au siège social » (p. 88), que, d'ailleurs, lorsque « la majorité paraît branlante et incertaine », on écrase cette majorité soit en répartissant les actions des administrateurs entre des compères, multipliant ainsi les voix, soit en achetant en dernière heure des actions à la Bourse au moyen de l'opération à terme bien connue du report, qu'ainsi la séance de discussion des comptes se transforme en « véritable comédie » (p. 90), préconise la réforme suivante : création en France d'un corps d'experts qui seraient agréés par le tribunal de commerce et seraient chargés :

a) De documenter l'Assemblée générale constitutive sur la valeur réelle des apports et sur les avantages particuliers, les experts possédant tous droits utiles d'investigation ;

b) D'éclairer, par la rédaction d'un prospectus, le public, soit au moment de l'appel aux souscripteurs, si la société se crée par souscription publique, soit au moment de l'introduction des actions en bourse, si les actions de la société ont été souscrites en cercle intime ;

c) De documenter chaque année l'Assemblée générale ordinaire sur les bilans et les comptes à elle présentés par les administrateurs.

Comment l'honorable député peut-il négliger ainsi l'indépendance des commissaires. Ne s'aperçoit-il pas que leur compétence ne leur servira de rien s'ils ne sont pas libres ? Ne voit que qui veut voir, et s'il est de leur intérêt de ne pas voir, les commissaires ne verront pas.

Aussi pensons-nous qu'il serait nécessaire de permettre à l'Assemblée générale d'effectuer librement son choix sur une liste qui lui serait présentée, soit par le tribunal de commerce, soit par la chambre de commerce du siège. Ce serait à l'un de ces organismes qu'il appartiendrait de dresser la liste des personnes honnêtes, honorablement connues et rompues aux affaires qui pourraient assumer les fonctions de commissaires. Il est bien évident — étant donné le rôle que nous donnons aux commissaires — qu'ils ne devraient pas n'être que comptables. A notre avis, il faudrait, au moins dans les sociétés importantes, qu'il y eût au minimum trois commissaires : un expert-comptable, un homme rompu aux affaires que traite la société, un juriste pour examiner la conformité des opérations aux lois et aux statuts.

Les actionnaires pourraient, avec une telle organisation, être assurés d'une surveillance efficace (1).

En résumé, la proposition de loi de M. Fleury-Ravarin n'est qu'une étape. Souhaitons que sa discussion devant le Parlement ait pour résultat l'organisation dans les sociétés anonymes d'un contrôle sérieux par des commissaires de surveillance compétents et dotés de pouvoirs suffisants. Souhaitons que par la même occasion on donne à la minorité le droit de requérir, quand elle représente une certaine fraction du capital social, la convocation de l'Assemblée générale et

(1) Le comité judiciaire de législation du Palais de justice de Paris, dans ses séances d'études du 9 février et du 9 mars 1923, sur le rapport de M^e Poyard au président de la Chambre des huissiers près le Tribunal de la Seine, a émis le vœu que les commissaires de surveillance soient désignés par le président de la Chambre de commerce du siège de la société sur simple demande écrite du président du conseil d'administration ou de tout autre administrateur désigné à cet effet par le conseil.

qu'on organise une procédure simple permettant à un groupe d'actionnaires de demander aux tribunaux l'examen par des experts des affaires de la société. On superposera ainsi, autant que faire se peut, le contrôle des actionnaires à celui des commissaires de surveillance et l'on donnera aux associés le moyen de se défendre en cas de collusion des administrateurs et des commissaires.

VU : *Le Doyen,*

H. BERTHÉLEMY.

VU : *Le Président de la thèse,*

J. PERCEROU.

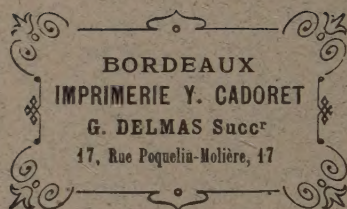
VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

P. APPELL.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE.....	III
INTRODUCTION.....	1
TITRE PREMIER. — <i>Généralités</i>	9
<i>Chapitre premier.</i> — Position du problème et examen historique des solutions qui lui ont été données.....	9
<i>Chapitre II.</i> — Rôle des commissaires.....	13
TITRE II. — <i>Les commissaires de surveillance en France</i>	19
<i>Chapitre premier.</i> — Nomination des commissaires.....	20
<i>Chapitre II.</i> — Obligations des commissaires.....	25
<i>Chapitre III.</i> — Prérogatives des commissaires.....	35
<i>Chapitre IV.</i> — Responsabilité des commissaires.....	45
TITRE III. — <i>Les commissaires de surveillance dans quelques pays étrangers</i>	77
<i>Chapitre premier.</i> — Les commissaires de surveillance en Belgique.....	78
<i>Chapitre II.</i> — Les commissaires de surveillance en Allemagne.....	104
<i>Chapitre III.</i> — Les commissaires de surveillance en Angleterre.....	125
CONCLUSION.....	143



BORDEAUX
IMPRIMERIE Y. CADORET
G. DELMAS Succ^r
17, Rue Poquelin-Molière, 17